THÈSE DE
POITIERS.
1883
N°. 8.

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA TRANSMISSION

A TITRE ONÉREUX

DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

DANS LE DROIT ROMAIN

L'ANCIEN DROIT ET LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE SAMEDI 7 AVRIL, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRI DE ROFFIGNAC

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

DE LA TRANSMISSION

A TITRE ONÉREUX

DE LA PROPRIÉTÉ FONCIÈRE

DANS LE DROIT ROMAIN

L'ANCIEN DROIT ET LE DROIT FRANÇAIS ACTUEL

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE SAMEDI 7 AVRIL, A 3 HEURES

DANS LA SALLE DES ACTES PUBLICS DE LA FACULTÉ

PAR

HENRI DE ROFFIGNAC

POITIERS

IMPRIMERIE OUDIN

4, RUE DE L'ÉPERON, 4

—

1883

FACULTÉ DE DROIT DE POITIERS

MM. THÉZARD (A ✿). *Doyen, professeur de Code civil.*

DUCROCQ (✻ I ✿), *Doyen honoraire, professeur de Droit administratif et d'Economie politique, correspondant de l'Institut.*

MARTIAL PERVINQUIÈRE (✻ I ✿), *professeur honoraire et Doyen honoraire.*

ARNAULT DE LA MÉNARDIÈRE (I ✿), *professeur de Code civil.*

LE COURTOIS (I ✿). *professeur de Code civil.*

NORMAND (A ✿), *professeur de Droit criminel.*

PARENTEAU-DUBEUGNON (A. ✿), *professeur de Procédure civile.*

ARTHUYS, *professeur de Droit commercial.*

BONNET, *professeur de Droit romain.*

PETIT, *professeur de Droit romain.*

BARRILLEAU, *agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé.*

ARTUR, *agrégé, chargé du Cours de Droit international privé.*

MOUCHET, *chargé de Cours.*

M. COULON (A ✿), *secrétaire-agent-comptable.*

COMMISSION :

PRÉSIDENT : M. LE COURTOIS.

SUFFRAGANTS : M. DUCROCQ. — M. DE LA MÉNARDIÈRE. — M. PETIT. — M. BARILLEAU.

MEIS

INTRODUCTION

1. — I. La transmission de la propriété peut, philosophiquement et historiquement, se rattacher à deux théories différentes : ou le transfert a lieu par la seule volonté des parties, ou il exige, outre cette volonté, quelque fait extérieur qui le révèle, le précise et le rende incontestable. — Le premier système se rapproche davantage de la vérité spéculative, puisqu'il reconnaît et consacre le principe philosophique de la force de la convention ; par le seul accord de volonté des contractants, l'aliénateur cesse d'être propriétaire, l'acquéreur le devient ; peu importe qu'il y ait ou non une prise de possession effective, une remise vraie ou simulée de la chose. Dès lors, la convention de transmettre ne se distingue plus de la transmission elle-même. — La seconde théorie, plus matérialiste en droit pur, est, si je puis m'exprimer ainsi, plus utilitaire et peut-être préférable en pratique, au moins dans les législations primitives et chez les peuples où les actes privés ne peuvent avoir d'archives : il faut alors que le contrat présente un caractère absolu de certitude ; car, s'il est incontestable que le droit de propriété existe à l'égard de tous, on conçoit que le déplacement en doive être aussi connu de tous. Dans ce système, la transmission exige deux actes distincts : la convention

de transmettre, transmission morale créant une obligation, et la tradition, transmission physique et réelle, exécution de la convention antérieure.

2.—Mais quelle que soit à ce sujet l'opinion du législateur, il ne doit pas songer seulement à la sécurité des contractants vis-à-vis l'un de l'autre, à la facilité de la preuve ou à la rapidité de la transmission par un simple acte volontaire ; il doit aussi accorder une protection efficace aux tiers, à tous ceux qui, ne jouant aucun rôle dans la mutation de la propriété, ont cependant à la connaître un intérêt considérable. Cette protection, d'ailleurs, est la plus sûre garantie des contractants eux-mêmes. Il faut donner à l'acquéreur à titre onéreux d'un immeuble qui a payé son prix la certitude que le bien acquis lui restera définitivement, qu'il en est et en demeurera propriétaire. Il faut empêcher cette fraude grossière mais fréquente: un propriétaire vendant son immeuble, s'en faisant payer le prix et l'aliénant de nouveau à un tiers qui ignore la première vente, ou encore l'hypothéquant après l'avoir vendu et battant monnaie avec un bien qui ne lui appartient plus. La possibilité seule de ces surprises est une ruine pour le crédit public. — Ajoutons à cela qu'à l'époque actuelle, la terre offre toujours au prêteur, à celui qui place sur elle, moins de bénéfices que les valeurs mobilières ; la réalisation de ce qu'on lui prête est forcément plus longue et plus coûteuse. Cet inconvénient doit être compensé par un avantage immense : la sûreté du prêt ; autrement la terre n'a plus de crédit.

3. — Ceci posé, nous nous trouvons en face de deux questions : — En premier lieu, quels sont les actes nécessaires pour faire passer d'une personne à une autre la propriété d'un immeuble que l'une veut aliéner, que l'autre veut recevoir. — En second lieu, le fait suffisant pour opérer cette transmission entre les parties contractantes, le

sera-t-il pour produire un effet plein et entier à l'égard des tiers, ou faudra-t-il, pour porter ce fait à la connaissance de ceux-ci, organiser en leur faveur une publicité spéciale ? — En un mot, après quelles formalités et à quel moment un acquéreur à titre onéreux sera-t-il véritable et incommutable propriétaire, propriétaire à l'égard et à l'encontre de tous ?

4. — Nous n'avons pas, disons-le tout d'abord, l'intention de chercher la solution la meilleure de ce grave problème, et c'est par l'histoire seulement que nous voulons répondre à nos deux questions. Etudier quelles ont été dans le passé les différentes formes de transmission de la propriété immobilière par acte volontaire à titre onéreux, examiner ce qu'elles sont aujourd'hui, sans nous demander ce qu'elles pourraient être, voilà notre but.

5. — Afin de retrancher de notre sujet une foule de questions dont chacune pourrait faire l'objet d'un travail particulier, nous supposerons toujours qu'il s'agit d'une aliénation volontaire, que le prix a été payé, que l'aliénateur est capable d'aliéner, l'acquéreur capable de recevoir, enfin que le contrat n'est entaché d'aucun vice qui pourrait en faire prononcer la nullité ; nous prendrons aussi toujours la vente comme type des contrats à titre onéreux. — Réduite à ces proportions, notre tâche serait encore immense si nous avions la prétention d'être complet. Ceci est une esquisse et non pas une étude ; il y a sans doute beaucoup de questions laissées dans l'ombre ; beaucoup d'autres seulement effleurées ; outre que la disproportion du sujet et du cadre ne nous permettait pas d'entrer dans de grands détails, nous avons voulu donner au lecteur une vue d'ensemble, mettre au grand jour les lignes principales, faire ressortir les principes permettant de résoudre les hypothèses particulières. Sommes-nous arrivé à ce but et ne nous reprochera-t-on pas d'avoir, en

traitant aussi sommairement une grande question, confondu en enfant l'appétit et la gourmandise ? Ne provoquons pas la réponse.

6. — II. Avant de passer à l'étude de la transmission de la propriété en droit romain, première partie de ce travail, quelques mots sur les dispositions à ce sujet de l'ancien droit de la Grèce ne seront pas, croyons-nous, inutiles ici ; nous avons, du reste, trop peu de choses à en dire pour en faire l'objet d'un chapitre spécial, mais une rapide esquisse a son intérêt, et la conclusion qui en ressort ne manque pas d'originalité.

7. — La terre resta longtemps, chez les Grecs, le patrimoine des familles qui y avaient posé leurs pénates et enterré leurs morts ; la propriété était intimement liée à la religion ; aussi paraît-elle avoir été primitivement inaliénable dans presque toutes les cités de la Grèce. Ce caractère fut surtout remarquable à Sparte ; le législateur avait attaché une sorte de note d'infamie au fait d'acheter et de vendre de la terre (1). D'après Héraclide de Pont, il était absolument interdit de vendre la terre anciennement possédée (2). — Chez les autres peuples, ces dispositions ne furent pas définitives, et à l'époque de Théophraste, d'Eschine et de Démosthènes, non seulement la terre est aliénable, mais les règles sur les ventes sont fixées avec une précision remarquable, et, chose à noter, les intérêts des tiers semblent avoir été volontairement sauvegardés par le législateur. — Nous ne parlerons ici que de la législation athénienne (3).

(1) Aristote, *Politique*, liv. II, ch. 6. Didot, t. II, p. 511.

(2) Héraclide de Pont, dans les *Fragments des Historiens Grecs*. Didot, t. II, n° 7.

(3) Nous résumons ici les études de M. Dareste sur le *Traité des lois de Théophraste*, *Revue de législ. anc. et moderne*, 1870 et 71, et sur le *Contrat de vente à Athènes*, de M. Caillemer, *Ibidem*.

8. — A Athènes, la vente d'immeubles est précédée de publications qui consistent dans l'apposition d'affiches, soixante jours avant la réalisation du contrat. Il y a un endroit spécialement désigné à cet effet, c'est le lieu où siège le magistrat et où toutes les questions de droit doivent être tranchées. Cette publication a pour but de prévenir les tiers qui peuvent avoir des droits sur l'immeuble, et il paraît que des réclamations furent quelquefois élevées de ce chef et qu'elles triomphèrent (1). Si le vendeur trouvait l'opposition fondée, il pouvait l'attaquer et même demander des dommages-intérêts. — Le jour fixé pour la vente, l'échange des consentements suffisait à la perfection du contrat (c'est au moins, car ce point a été contesté, l'opinion de M. Caillemer, opinion qui nous semble très probable (2). C'est ce que nous apprend un passage de la *Politique* d'Aristote (3). Lorsque la vente était accomplie, l'acheteur se rendait chez un fonctionnaire dont on ignore le nom et déposait entre ses mains le centième du prix, à titre sans doute de droit de mutation; ce fonctionnaire faisait mention du versement sur des registres et constatait en même temps la mutation qui venait de s'accomplir; il était ainsi chargé à la fois du recouvrement du droit fiscal et de l'enregistrement du nom du nouveau propriétaire. Cette déclaration fournissait à l'acheteur une preuve facile, si l'on venait à lui contester la propriété, et elle portait à la connaissance des tiers le nom du véritable propriétaire. — Ainsi, les affiches apposées dans les endroits les plus fréquentés d'Athènes formaient une publicité temporaire et antérieure à la transmission; les re-

(1) Isée, *de Meneclis hereditate*, nos 28 et 29. Didot, p. 247.

(2) Caillemer, p. 635, *Revue de législ.*, 1870, *Contrat de vente à Athènes.*

(3) Aristote, *Politique*, t. Ier, ch. 5. Didot, t. II, p. 321.

gistres constituaient une publicité perpétuelle. On a retrouvé sur l'acropole d'Athènes des fragments de marbre qui reproduisent quelques-unes de ces inscriptions (1) ; les attenanciers et les limites des champs y sont désignés avec autant de soin que dans nos actes notariés les mieux rédigés.

9. — En somme, on peut résumer, d'après les auteurs que nous avons cités plus haut, la législation athénienne en matière de vente d'immeubles au quatrième siècle avant notre ère, en ces trois propositions :

1° La vente est précédée d'affiches destinées à provoquer les oppositions des intéressés.

2° Le contrat est valable par le seul effet du consentement, qui produit en même temps mutation de propriété entre les parties.

3° Pour que la transmission de propriété ait lieu vis-à-vis des tiers, il faut en outre l'accomplissement des formalités de publicité (2).

10. — Donc, quatre siècles avant Jésus-Christ, on connaissait à Athènes les deux principes dont la découverte fait la gloire de notre droit moderne : la transmission de la propriété par le consentement et la distinction de l'effet

(1) Voici les indications contenues dans l'une de ces inscriptions : « Léontios, fils de Calliâdes, du dème d'Epicephision, a vendu un fonds de terre, situé dans le dème de Cothocides; l'acheteur est Mnésimaque, fils de Mnesechos, du dème de Cothocides; le centième est de deux drachmes et trois oboles. (Rangabé, *Antiquités helléniques*, t. II, nos 877, 878.)

(2) On retrouve à Marseille, au XIIIe siècle, la même règle, reste de l'ancienne législation des émigrants Phocéens, en ce qui concerne la mutation entre les parties. La tradition n'est pas nécessaire au déplacement de la propriété, et l'acheteur devient propriétaire par l'effet du contrat. Cette règle est d'autant plus remarquable qu'à cette époque Marseille, comme toutes les villes du Midi, avait pour droit commun le droit romain.

produit par l'acte à l'égard des parties et à l'égard des tiers. Ce phénomène, si étrange au premier abord, s'explique si l'on considère que le droit est toujours le reflet des mœurs des individus et des sociétés ; et, ne l'oublions pas, il y avait dans la république athénienne un développement de civilisation commerciale, industrielle, nous dirions presque financière, qui amena, par analogie de besoins, le perfectionnement de la législation immobilière. Par cette raison se comprend aussi la différence qui sépare le droit grec du droit romain et de l'ancien droit français. Dans ces deux dernières législations, l'agriculture prime le commerce ; l'hypothèque est imparfaite, et l'on sent bien moins la nécessité de rendre absolue la sécurité de l'emprunt foncier. « Il y a un siècle, conclut M. Caillemer, la sécurité de transaction était moins grande qu'elle ne l'avait été quatre siècles avant notre ère dans la république athénienne » (1). Le savant auteur aurait même pu ajouter qu'il en était encore ainsi dans la première moitié de notre siècle à nous, et donner à son étude cette autre conclusion que la transmission consensuelle et la transcription sont, comme tant d'autres choses parmi nous, renouvelées des Grecs.

(1) Caillemer, *le Crédit foncier à Athènes.*

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

11. — La propriété revêt dans la législation romaine, plus que dans aucune autre, un caractère spécial, une physionomie propre ; tout, dans son acquisition, son exercice, sa transmission, porte l'empreinte d'une forte et rude originalité. A l'origine, c'est une propriété toute civile, artificielle, applicable seulement à certains territoires, transmissible seulement par des modes rigoureusement déterminés. Avec le temps, les grandes lignes s'effacent, les vieilles formes, désormais incomprises, sont abandonnées, les distinctions, devenues subtiles, disparaissent dans les faits en restant dans les lois ; le Quirite devient un homme et le domaine quiritaire la propriété. — Voilà l'idée fondamentale qui servira de base à toute cette étude ; seulement, comme nous l'avons dit, nous laisserons de côté, au moins en général, l'organisation de la propriété elle-même, pour nous attacher surtout à ses différents modes de transmission.

12. — Dans le droit romain, l'acquisition et la transmission de la propriété supposent trois éléments essentiels :

1° *Une chose susceptible de faire l'objet du droit de propriété.* — Il y avait à Rome, si je puis m'exprimer ainsi, des choses romaines et des choses étrangères ; c'est ainsi que sont exclues d'une manière générale toutes les choses en dehors du territoire romain, par exemple les fonds provinciaux.

2° *Une personne capable d'acquérir la propriété.* — Parmi les citoyens, sont capables en principe tous les *pères de famille*, dans l'acception romaine du mot ; sont exclus les fils de famille, dont les actes profitent, en thèse générale, au *pater-familias*. Parmi les non-citoyens, les esclaves acquièrent pour leur maître ; les Latins pouvaient arriver à la propriété par les modes de droit civil ou de droit des gens, et les pérégrins par les modes de droit des gens seulement, car les premiers avaient le *jus commercii* qui manquait aux seconds. Quant aux barbares, ils ne participèrent jamais aux lois de Rome ; jamais celle-ci ne leur reconnut un droit véritable, encore moins un privilège quelconque.

3° *Un mode d'acquisition légalement consacré.* — En droit romain, le simple consentement des parties, disons plus, la convention même revêtue des formes juridiques du droit civil et rangée au nombre des contrats, ne suffit pas pour transférer la propriété d'une personne à une autre ; la convention est un mode de s'obliger, ce n'est pas un mode d'acquérir ; il faut de plus de la part du propriétaire un acte extérieur, matériel, d'*alienatio* ou de *derelictio*. L'effet de la convention est simplement celui-ci : une fois les deux parties d'accord sur la mutation qu'elles veulent opérer, le créancier pourra forcer son débiteur à lui transférer la propriété de l'objet dû ; il ne le réclamera pas comme propriétaire, mais comme créancier ; alors le débiteur devra, en exécution de sa promesse, lui transmettre

la propriété de la chose au moyen d'une formalité spéciale, réglée d'avance par la loi. En un mot, la convention produit l'obligation de transférer ; le fait matériel de la livraison opère cette translation. « *Quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini* (1) ». C'est ce principe que proclame le Code de Justinien dans une formule restée célèbre : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (2) ».

Indiquons dès maintenant deux conséquences principales : 1° toutes les fois qu'une chose a été vendue ou donnée à deux personnes différentes, la propriété doit en rester à celle qui la première en a reçu tradition (3) ; 2° l'acquéreur d'une chose ne peut la revendiquer tant que la tradition ne lui en a pas été faite (4).

13. — « La propriété des choses, nous dit Ulpien (5), nous est acquise par *mancipation, cessio in jure, tradition, usucapion, adjudication* et par *la loi.* » Parmi ces modes d'acquisition de la propriété romaine, nous établirons deux catégories : des modes *volontaires*, la *mancipation*, la *cessio in jure* et la *tradition* ; des modes *légaux*, l'*usucapion*, l'*adjudication* et la *loi*. Dans les premiers, en effet, la volonté des parties est, non pas l'unique, mais le principal élément de la translation ; manciper une chose, la céder *in jure*, la livrer, ce sont des actes dont l'accomplissement n'exige que des conditions qu'il dépend de nous de réaliser avec plus ou moins de facilité, car ils ne sont que l'exécu-

(1) Varron, *de re rust.*, II, 1.
(2) L. 20 C. *de pactis*. — L. 3 pr. D. *de oblig. et act.*
(3) Paul. *Sent.*, lib. V, tit. XI, § 4, et L. 15, C. *de re vind.*
(4) L. 27, C. *de re vind.*
(5) *Reg.*, tit. XIX, § 2.

tion d'une convention qui les précède ou les accompagne invariablement. Tout au contraire, l'usucapion, l'adjudication et la loi opèrent dans des circonstances jusqu'à un certain point indépendantes de notre volonté. L'usucapion repose sur une possession prolongée pendant un certain temps, l'adjudication suppose ordinairement l'état d'indivision ; et la loi dans sa principale application, le legs *per vindicationem*, suppose le décès d'un testateur ; ce ne sont donc pas des modes usuels d'aliéner et d'acquérir, et il faut recourir à l'un des trois autres, toutes les fois qu'on veut réaliser une transmission immédiate (1). Suivant l'idée générale de ce travail, nous ne nous occuperons ici que de l'aliénation résultant du consentement des parties ; nous n'aurons donc à étudier que les trois modes *volontaires* ou *conventionnels : mancipation, cessio in jure, tradition.*

14. — Nous aurons à distinguer trois périodes bien tranchées comme ensemble et comme détails : le droit des Douze Tables, des jurisconsultes classiques et de Justinien ; mais, dans ces trois chapitres, nous n'examinerons qu'une des faces de notre problème : la transmission de la propriété entre les parties, et nous réserverons pour un quatrième et dernier la question, peu comprise du reste par les Romains, de la transmission à l'égard des tiers.

(1) Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. I, p. 489.

CHAPITRE PREMIER

DROIT DES DOUZE TABLES.

15. — Nous ne possédons que bien peu de documents sur cette première phase de l'histoire du droit de propriété à Rome. Quelques fragments de jurisconsultes d'une époque bien postérieure, reproduisant incidemment le droit ancien pour le comparer au droit en vigueur de leur temps, quelques passages d'auteurs, étymologistes ou historiens, voilà à peu près les seules sources auxquelles nous puissions puiser. Des écrivains modernes ont bâti sur ces frêles fondements d'ingénieux systèmes, de savantes hypothèses ; mais, en histoire, et en histoire du droit surtout, le vraisemblable peut n'être pas vrai, et il ne faut s'aventurer dans cette voie de suppositions et de conjectures qu'avec une extrême réserve. Quelques mots seulement avant d'arriver à l'époque classique, terrain mieux connu, où nous marcherons avec plus d'assurance.

16. — En droit romain, le caractère pérégrin s'étend aux choses comme aux personnes. Pour celles-ci, pas de propriété en dehors de la cité romaine ; pour celles-là, pas de propriété en dehors du territoire romain. — Le territoire lui-même, ce champ romain (*ager romanus*), aurait été, au dire d'anciens auteurs (1), divisé à l'origine, d'abord entre les tribus, puis entre les citoyens, pour former l'*ager privatus*, une partie restant publique (*ager publicus*). La propriété des particuliers sur les immeubles n'est donc qu'une concession de l'Etat, unique propriétaire du sol,

(1) Varron, *De ling. lat.*, V. 55 ; et Cicéron, *De Rep.*, II, 12.

une émanation de la puissance publique. Cette idée nous fournira plus tard l'explication d'un phénomène bien singulier du droit romain, la différence des fonds italiques et des fonds provinciaux. — Cette propriété romaine était la seule consacrée par la loi des XII Tables ; quiconque ne l'avait pas était censé n'en avoir aucune : « *aut enim*, dit Gaius (1), *ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus.* » Les jurisconsultes la nommèrent plus tard *dominium ex jure Quiritium*, domaine selon le droit des Romains ; celui qui l'avait se nomma *dominus legitimus*, propriétaire selon la loi (2).

A cette époque aussi remonte une autre division des choses : la distinction en *res mancipi* et *res nec mancipi* (3). Les deux espèces sont choses de droit civil, mais les *res mancipi* ont un caractère spécial ; les premiers Romains, laboureurs autant que guerriers, ont réuni dans cette classe privilégiée les choses les plus nécessaires à l'agriculture : la terre, les esclaves, les bêtes de somme ou de trait. Ces choses ne peuvent s'aliéner que par des modes de droit civil que nous verrons tout à l'heure. Les *res nec mancipi* sont toutes les autres choses, toutes les choses qui, pour le Romain, ne sont pas les plus précieuses (*pretiosiores res*, dit Gaius) (4) ; toutes les choses pérégrines, même les immeubles, les esclaves, etc, sont *res nec mancipi*, hors de la terre romaine.

(1) *Inst. Comm.* II, 40.

(2) Varron, *De re rust.*, lib. II, 10, § 4.

(3) La preuve que cette distinction existait avant la loi des XII Tables résulte clairement de ce passage de Gaius (II, 47) : « Mulieris quæ in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, præterquam si ab ipsa, tutore (*auctore*), traditæ essent; *id ita lege XII Tabularum cautum.* » Ce point, autrefois controversé, ne peut guère, je crois, l'être aujourd'hui.

(4) *Inst.*, I, 192.

17. — Examinons maintenant comment se transmettait la propriété, le *dominium*. « A cette époque, dit M. Ortolan (1), une forme civile remarquable se présente et joue le rôle le plus actif dans les relations privées, pour opérer de l'un à l'autre la translation de la puissance (*manus*), de la propriété (*mancipium*). C'est la solennité par la pièce d'airain et la balance (*per æs et libram*), nommée elle-même *nexum, mancipium*, et plus tard *mancipatio*, vestige de temps où, dans les échanges, le métal se donne encore au poids..... Cette solennité est la forme principale qui fonctionne pour l'établissement, la modification ou l'extinction des droits. Par elle s'acquièrent la propriété des fonds, des bêtes de somme ou de trait, des esclaves, la puissance sur la femme et celle sur l'homme libre ; par elle se contractent les liens d'obligation civile ; par elle se fait le testament. »

La mancipation est, par excellence, le mode d'aliénation des choses *mancipi*, mais, au fond, elle n'est qu'un des nombreux cas d'application de l'antique *nexum*. « *Quum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupasset, ita jus esto* », disent les Douze Tables, et Festus nous dira un peu plus tard : « *Nexum est quodcumque per æs et libram geritur* (2). »

18. — Un autre mode civil d'aliénation est la *cessio in jure*, simulacre d'une action juridique, dans laquelle le magistrat, faisant ce qu'on nommait l'addition de la chose (*addicens*), déclarait, sur la revendication de l'acquéreur, cette chose sa propriété, *ex jure Quiritium* ; les choses *nec mancipi*, pouvaient, comme les choses *mancipi*, être acquises par *cessio in jure* (3).

(1) *Expl. hist. des Inst.*, t. I, n° 89.

(2) *De verb. signif.*, v° *Nexum*. — Varron, *De ling. lat.*, VI, 5.

(3) Nous n'avons aucun fragment textuel des XII Tables mentionnant la *cessio in jure* ; nous ne connaissons même pas le nom qu'elle portait

19. — La tradition, ce mode de translation si simple connu de tous les peuples, qui consiste à remettre purement et simplement la chose aliénée, était-elle en usage sous la loi des Douze Tables ? Je ne crois pas possible d'en douter. Les formalités de la mancipation et de la *cessio in jure* ne pouvaient, ce me semble, s'appliquer à ces choses d'un achat journalier, telles que les vêtements, les denrées et toutes les choses de consommation, et d'ailleurs ces choses, toutes *nec mancipi*, non susceptibles de mancipation par conséquent, impossibles à acheter tous les jours en justice, il fallait bien les faire entrer dans le domaine romain de l'acquéreur ; quel autre moyen employer que la tradition ? ce ne sera pas l'usucapion ; les choses se consomment aussitôt et avant le temps requis. Concluons donc que la tradition appliquée aux choses *nec mancipi* donnait, quoique de droit des gens, la propriété *ex jure Quiritium*; mais il fallait, bien entendu, qu'elle eût lieu entre citoyens.

CHAPITRE II

DROIT CLASSIQUE.

20. — Rome, comme le remarque un historien moderne (1) fut moins une nation qu'une ville, la ville par excellence, la reine dont tous les peuples devaient être un

alors, mais les *Fragmenta vaticana* nous apprennent qu'elle s'y trouvait confirmée. « .....Et mancipationem, et in jure cessionem, lex XII Tabularum confirmat. » (Fragm. Vat. 50, *in fine.*)

(1) Laurentie, *Hist. de l'empire romain*. Introduction (t. I, p. 37).

jour être les sujets. Le système de ses fondateurs ne fut donc pas d'étendre le territoire, mais d'étendre l'empire. Aussi les peuples d'Italie et même ceux du Latium ne sont longtemps que des alliés, des confédérés, *socii*, mais non des concitoyens. Rome les accepte comme des auxiliaires, non comme des égaux; elle les associe à ses desseins, non à ses lois. Dans l'enceinte de Rome est tout le pouvoir, mais Rome elle-même embrasse les sept collines et la campagne romaine: voilà le territoire, l'*ager romanus*. — Peu à peu cependant, tous ces peuples vaincus auxquels ont été imposées, suivant leur énergie dans la résistance, des conditions diverses, et qui combattent pour la ville qui les a soumis, veulent au moins participer à sa puissance et jouir des avantages des citoyens. Voilà l'origine de la guerre sociale à la suite de laquelle les privilèges de l'*ager romanus* sont étendus à l'Italie; tout le sol italique est assimilé pleinement, pour l'application du droit civil, au territoire romain; de là le droit italique, *jus italicum*, privilège principalement territorial, tant dans l'ordre public que dans l'ordre privé. — Plus tard les empereurs, voulant accorder à certaines villes hors de l'Italie une faveur spéciale, assimilent leur sol à celui de l'Italie et leur accordent le *jus italicum;* cette concession est très recherchée, moins peut-être à cause de l'aptitude à la propriété romaine que de l'exemption de l'impôt foncier.

21. — Mais, à moins de faveur spéciale, tout territoire étranger à l'Italie est exclu de la propriété romaine; c'est un sol *provincial*, soumis à l'impôt, propriété du peuple romain, susceptible seulement d'une propriété de fait, d'une possession de la part des particuliers, en un mot en dehors du droit civil, inférieur en l'ordre public comme en l'ordre privé.

Nous sommes donc amené à étudier séparément la transmission des fonds italiques et celle des fonds provinciaux.

SECTION PREMIÈRE

FONDS ITALIQUES.

22. — Avant d'aborder la théorie de la translation de propriété telle que l'ont enseignée les jurisconsultes classiques, il nous faut revenir sur la distinction déjà connue entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi*, et discuter quelques difficultés que nous avons considérées jusqu'ici comme résolues.

Cette division est fondamentale dans le droit romain tout entier, et en particulier dans notre matière ; d'abord les choses *mancipi* ne peuvent être transférées en propriété par la seule tradition ; il faut nécessairement la mancipation ou tout autre moyen civil, tandis que, pour les choses *nec mancipi* corporelles, la tradition naturelle suffit ; en second lieu, les choses *mancipi* étant en général plus précieuses, leur aliénation est défendue dans plusieurs cas où celle des choses *nec mancipi* est permise (1).

23. — Une définition exacte serait ici bien difficile à donner ; du reste, les jurisconsultes romains ne l'ont pas fait, et je crois prudent de suivre leur exemple et de ne procéder, comme eux, que par énumération. « Sont choses *mancipi*, dit Ulpien (2) : 1° tous les héritages en Italie, soit ruraux, comme un fonds, soit urbains, comme une maison ; 2° les servitudes d'héritages ruraux, comme les droits

(1) Entre autres, le cas de la femme soumise à la tutelle de ses agnats. Gaius, *Inst.* II, 47, rapporté plus haut (n° 16, note 3). — V. aussi Gaius, I, 192 ; II, 80 ; Ulp. *Reg.* XI, 27.

(2) *Reg.* XIX, 1. — Gaius, I, 120, et II, 15 et suiv.

de passage (*via*, *iter*, *actus*) et d'aqueduc ; 3° les esclaves et les quadrupèdes qui portent ou traînent des fardeaux (1) (*quæ dorso collove domantur*), comme les bœufs, les mulets, les chevaux, les ânes. Les autres choses sont *nec mancipi*. Les éléphants et les chameaux, quoiqu'ils puissent être domptés *dorso collove*, sont *nec mancipi*, parce qu'ils font partie des animaux sauvages. »

Je croirais plutôt, malgré ce texte, que la raison pour laquelle les éléphants, les chameaux et autres animaux importés des pays barbares ne furent pas compris dans les *res mancipi*, est qu'à l'époque où on les connut à Rome, la liste des *res mancipi* était close, et qu'avec les tendances qui régnaient alors, on se garda bien de les y ajouter.

Les immeubles, ruraux et urbains, n'étaient *mancipi* qu'en Italie ; les esclaves et les animaux l'étaient partout ; il est probable cependant que ce caractère ne leur appartenait pas dans les rapports des Romains avec les *pérégrins* (2). Les choses incorporelles, comme l'usufruit, les servitudes, sont *nec mancipi*, à l'exception des servitudes rurales que l'esprit agriculteur des Romains identifie avec le champ (3). Le nombre des *res mancipi*, une fois fixé, ne s'augmentera plus ; les statues, l'argent monnayé, les pierres précieuses resteront *res nec mancipi*. « En vain les richesses arrivent à Rome, en vain la conquête du monde y portera l'or et la pourpre et les chefs-d'œuvre de l'art, le vieux droit civil restera inébranlable (4). »

24. — Mais quelle est la base et quels sont les motifs de cette distinction ? Ici commencent les conjectures ; les jurisconsultes anciens ne nous donnant sur ce point aucun éclaircissement, l'imagination des modernes

(1) Ce qui correspond à notre mot français *bêtes de somme*.
(2) V. ci-dessous, n° 43.
(3) Gaius, II, 17.
(4) Troplong, *Influence du Christ, sur le dr. civ. des Romains*, p. 35.

s'est donné libre carrière, et il s'est produit jusqu'à neuf systèmes sur cette question (1) ; disons tout de suite qu'aucun ne satisfait complétement l'esprit ; aussi n'en mentionnerons-nous que les principaux, sans nous laisser aller, du reste, à la tentation d'en créer un dixième.

Certains auteurs (2) ont prétendu que les choses *mancipi* étaient seules susceptibles de la propriété de droit civil et que les choses *nec mancipi* en étaient exclues. Ce système, à peu près abandonné aujourd'hui, repose sur une confusion. La vérité est que toutes les choses hors du droit civil sont, il est vrai, *nec mancipi* ; mais, parmi celles qui font partie du droit romain, les unes sont *mancipi*, les autres *nec mancipi* ; les premières ne sont donc qu'une classe à part entre toutes les choses qu'embrasse la sphère de la propriété romaine ; ce qui les distinguait des autres, c'est qu'elles pouvaient seules être aliénées par la mancipation. Ce système se heurte d'ailleurs à des difficultés insolubles : comment comprendre, à l'époque des Douze Tables, où existait déjà cette distinction, l'existence et la transmission des choses *nec mancipi*? Il faudrait supposer, comme cela eut lieu plus tard, deux propriétés à cette époque ; or, Gaius nous dit positivement que cette division était encore inconnue (3). Comment comprendre que la *cessio in jure*, qui transférait bien et dûment le domaine civil, s'appliquât aux *res nec mancipi* ? Comment se figurer enfin toute cette immense quantité d'objets et de produits, choses de consommation ou autres, exclues en masse du domaine romain ?

(1) Ils ont été exposés par M. Blondeau, *Chrestomathie*, t. I, p. 196 et suiv.

(2) Entre autres Heineccius, *Antiq. rom. syntagma*, édit. Humbold, p. 369, et les auteurs cités par lui.

(3) Gaius, II, 40. — En ce sens, V. Pellat, *Propriété et usufruit*, nos 32 à 34.

D'après une autre opinion, les *res mancipi* ont été, à l'origine, les choses prises sur l'ennemi (*manu capere*, prendre avec la main), le butin distribué en vertu d'une loi aux particuliers par le peuple romain, propriétaire légal ; l'acquéreur (*manceps*) ne pouvait transmettre la chose que comme il l'avait acquise, par une solennité légale, la mancipation, et les cinq témoins (*classici testes*) représentaient les cinq classes du peuple (1). Comment s'expliquer alors, et que le territoire primitif de Rome, et surtout les immeubles urbains, soient *res mancipi*, et que cette limitation se soit arrêtée à certains objets de conquête, sans les comprendre tous ?

Un troisième système, soutenu surtout en Allemagne (2), veut que la *cessio in jure* ait été, à l'origine, le seul mode d'aliénation ; ç'aurait été pour obvier aux inconvénients qu'elle présentait qu'on aurait, un peu plus tard, créé la mancipation, procédé plus simple et plus rapide, mais dont on aurait borné l'application à une certaine catégorie de choses, les *res mancipi* ; plus tard on admit la tradition pour simplifier la transmission des choses *nec mancipi*. D'après cette théorie, ce n'est pas une protection plus efficace, mais une exemption des règles restrictives ordinaires que l'ancien droit aurait accordée aux choses *mancipi*. Mais alors pourquoi les Romains ont-ils simplifié et privé de sa garantie la plus forte, précisément l'aliénation des choses composant leur principale richesse ? Ce système est en contradiction avec l'esprit général du droit romain.

24 *bis*. — Mentionnons enfin une quatrième opinion, très ingénieuse, trop peut-être, émise par M. de Fresquet (3), d'après laquelle notre division serait tout à la

(1) Gibbon, *Hist. of Decline*, etc., livre 44.
(2) Puchto, *Curs. der Inst.*, § 238.
(3) *Revue historique*, 1857, p. 509.

fois politique et civile. Servius Tullius, dit cet auteur, distribua les citoyens en cinq classes, en prenant pour base de ce classement la fortune individuelle de chaque contribuable. Pour la constater, le législateur dût négliger l'avoir mobilier, peu important dans l'ancienne Rome et difficile à apprécier, et ne faire entrer en ligne de compte que des biens ayant une assiette solide et dont l'origine pût se constater facilement ; les *res mancipi* satisfaisaient à cette condition. Qu'on se rappelle ce qui avait lieu en France lorsque les électeurs et les éligibles étaient pris parmi les personnes ayant une fortune présumée. Les bases de la fortune officielle requise pour l'admission sur la liste des censitaires étaient aux termes de la loi du 19 avril 1831, art. 4 : « la contribution foncière, les contributions personnelle et mobilière, la contribution des portes et fenêtres, etc. » Servius dut agir de la même manière. — Je veux bien que Louis-Philippe ne soit qu'un plagiaire de Servius Tullius, mais encore faudrait-il justifier cette étrange accusation d'un délit dont le roi des Français n'eut jamais conscience avant M. de Fresquet. Or, aucun texte ne sert de base à ce système, aucune présomption ne le rend admissible. La mancipation, ajoute-t-on, fut un moyen public et non équivoque de porter à la connaissance de tous une translation de propriété qui avait des conséquences importantes dans l'ordre politique aussi bien que dans l'ordre privé. Sur ce dernier point, c'est, je crois (et je reviendrai sur cette question), se faire illusion que de présenter l'idée du crédit public comme l'objet des préoccupations du législateur romain.

Pour moi, je croirais, avec un certain nombre d'auteurs (1), que les premiers Romains, laboureurs autant que

(1) Accarias, *Préc. de dr. rom.*, t. I, p. 436. — Ortolan, *Inst. de Just.*, t. I, p. 604 et s. ; t. II, p. 235. — Demangeat, *Cours de dr. rom.*, t. I, p. 437.

guerriers, réunirent dans une classe privilégiée les choses les plus utiles à l'agriculture, celles qui, à l'origine d'un peuple, ont le plus de valeur vénale et qui partant ont le plus de valeur d'affection. Peut-être donc voulut-on que ces *res mancipi* ne pussent être aliénées que difficilement, ou que le consentement de l'aliénateur prît un caractère plus évident de certitude. Mais à l'impossibilité de les transférer par le mode facile de la tradition s'attachaient de sérieux inconvénients. Aussi, tout en conservant l'antique distinction, se refusa-t-on à la développer.

Quoi qu'il en soit, et sans insister davantage sur un problème que des découvertes nouvelles viendront peut-être résoudre un jour, hâtons-nous d'arriver à l'étude des actes translatifs en usage à l'époque des juriconsultes classiques.

25. — I. Mancipation. — « La mancipation est une sorte de vente fictive ; cet acte est propre aux seuls citoyens romains. Voici comment elle s'opère : après qu'on a choisi au moins cinq témoins citoyens romains et pubères, et un autre de même condition, qui doit tenir une balance d'airain, et est appelé pour cela *libripens*, celui qui reçoit la chose en propriété, la saisit en disant : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc ære æneaque libra* » ; puis il frappe la balance avec la pièce d'airain et la donne à l'aliénateur en guise de prix (1). »

26. — Ce passage de Gaius est assez clair par lui-même pour nous dispenser de longues explications. Quelques observations cependant : d'abord ce mode d'acquisition ne pouvait avoir lieu qu'entre citoyens romains, latins, coloniaires et juniens, et ceux des pérégrins jouissant du *jus*

(1) Gaius, 1, 119.

commercii (1) ; la même rigueur s'étendait à toutes les personnes figurant dans l'acte, soit comme parties, soit comme témoins. En second lieu, on appliquait ici la maxime : *Nemo alieno nomine lege agere potest* (2) ; nul ne pouvait donc acquérir la propriété par un représentant ni un mandataire ; le mandataire en effet ne pouvait prononcer valablement les paroles de la mancipation : « *aio hanc rem meam esse* ». Mais le fils de famille et l'esclave, qui ne peuvent transmettre par mancipation, peuvent acquérir (3). Enfin, l'apposition d'une modalité quelconque, terme, condition suspensive ou résolutoire, entraînait la nullité de l'acte tout entier ; mais cette prohibition ne concernait pas le terme ni la condition tacites, c'est-à-dire simplement convenus entre les parties et non exprimés dans la formule immuable de l'acquéreur (4).

27. — La mancipation des meubles, ajoute plus loin Gaius (5), suppose nécessairement la présence de l'objet à l'endroit même où s'accomplit l'acte juridique, car il doit être appréhendé par l'acquéreur, et il suit de là qu'une même mancipation ne peut comprendre plus de choses mobilières que l'acquéreur n'en peut toucher à la fois. Les immeubles, au contraire, peuvent être mancipés à distance, et on peut en manciper plusieurs à la fois, même situés en des lieux différents. Il est probable que, dans le droit primitif, les parties devaient se transporter près de l'immeuble ; la formule prononcée par l'acquéreur dans la mancipation est identique, au moins dans sa première partie, à celle de la revendication sous les actions de la

(1) Ulpien, *Reg.* XIX, 4 et 5.
(2) Ulpien, L. 123, D. *de reg. jur.*
(3) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 681. — Ulpien, XIX, § 18.
(4) Papinien, l. 77, D. *de reg. jur.*
(5) Gaius, I, § 121. — Ulpien, *Reg.* XIX, § 6.

loi (1). Or, on sait qu'alors la revendication supposait essentiellement les parties en présence de la chose revendiquée (2). — Plus tard, on représenta l'immeuble par quelque symbole, une motte de terre pour un champ, une tuile pour une maison; il en était ainsi dans l'*actio sacramenti*, et peut-être aussi dans la *cessio in jure* qui en dérivait (3), et il est vraisemblable que la même chose avait lieu dans la mancipation, puisque son nom même indique une appréhension corporelle de la chose (4). — Mais on supprima plus tard cette formalité, et elle n'existait plus au temps de Gaius et d'Ulpien. Cette manière de procéder était plus simple, mais pouvait amener une incertitude dans la propriété transmise. On remédiait à cet inconvénient par une énonciation détaillée de la parcelle ou de l'immeuble dans la *nuncupatio* qui accompagnait la mancipation (5).

27 *bis.* — Dans le vieux droit romain, comme dans toutes les législations en formation, la présence des témoins aux actes juridiques avait pour but beaucoup plus de donner aux parties une plus grande sécurité et d'éviter les contestations, que d'assurer la publicité et la validité de l'acte. Les témoins devaient non seulement affirmer ce qu'ils avaient vu, mais encore prêter main forte à celui dont la propriété serait menacée par la force; *testis*, à cette époque, veut dire garant (6). Ce rôle dut cesser lorsque les tribunaux

(1) Gaius, IV, § 17.

(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 499. — Jhering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 255 et suiv., traduit par Meulemaëre.

(3) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XX, 10. — Gaius, II, § 24, *in fine*.

(4) « Mancipatio dicitur quia manu res capitur » (Gaius, I, 121).

(5) La preuve de ce fait apparaît évidente dans une inscription latine trouvée en 1867, à l'embouchure du Guadalquivir, et reproduite par Giraud, *Novum Enchiridium*, p. 655. M. Gide a fait sur cette inscription une étude (*Revue de droit français et étranger*, 1870, p. 74).

(6) Jhering, *op. cit.*, t. I, p. 145, texte et note 76. — Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, p. 357, 3e édition.

furent institués et que la justice privée fut remplacée par celle de l'État ; cependant les témoins restèrent dans la mancipation ; ils avaient deux raisons d'être : un intérêt de preuve et la sauvegarde de la garantie de l'Etat, lequel intervenait probablement à l'origine d'une façon directe dans les aliénations, comme cela avait lieu dans les testaments (*calatis comitiis*). L'intervention du peuple ne fut plus tard qu'un symbole et un témoin remplaça chaque classe ; de là le nom de *classici testes* (1).

Le *libripens* devait être une sorte de personnage public; certains textes le représentent comme un prêtre, d'autre comme un magistrat (2). Sa fonction était à l'origine, de peser le lingot d'airain et d'en constater la remise à l'aliénateur. — La monnaie se présenta d'abord sous la forme de lingots d'airain de poids déterminé, mais de forme irrégulière ; c'est l'*æs rude* dont parlent les textes ; c'est certainement de cette époque que datent le *libripens* et la balance. Quand elle reçut une forme régulière, une empreinte connue (*signata pecunia*) et que son poids fut indiqué par une marque visible à première vue, la pesée du métal, quoique disparaissant dans les transactions ordinaires, reste dans la mancipation (3). Au temps de Gaius la pesée était remplacée par un simple choc de l'airain contre la balance (4); au dire de Festus (5), lorsque l'acquéreur avait prononcé la formule de la mancipation, le *libripens* l'invitait à frapper la balance : « *Rauduscule libram ferito*, » et après cette formalité, l'acquéreur remettait l'airain à son vendeur. — Quant à ce dernier, il paraît n'avoir jamais eu qu'un rôle passif ; son adhésion ne se

(1) Aulu-Gelle, *Noct. att.*, XV, 27, § 3. — Festus, v° *Nuncupata.*

(2) Fustel de Coulanges, *Cité antique*, p. 75, le considère comme un prêtre.

(3) Gaius, I, 122. —Varron, *De ling. lat.*, V, 163. — Festus, v° *Rodus.*

(4) Gaius, I, 119.

(5) Festus, v° *Rodus.*

manifestait que par son silence et l'acceptation de la pièce représentant le prix.

La preuve de la mancipation se faisait d'abord par les témoins, et plus tard par des tables de bronze où l'on rapportait les formes et l'objet de l'acte ; nous avons eu déjà l'occasion d'en parler.

28. — Il importe de distinguer la mancipation du *nexum* ; ces deux mots se trouvent souvent rapprochés dans les textes, dans la loi des Douze Tables notamment : *Quum nexum mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* » Le *nexum* dans un sens large comprend la mancipation ; il désigne tous les actes juridiques où interviennent *Tæs* et la *libra* « *quodcumque per æs et libram geritur* » (1); il est le genre, la mancipation l'espèce. Mais, dans un sens plus précis, le *nexum* est l'acte dans lequel les parties ont spécialement pour but de créer une obligation, et alors il est opposé à la mancipation, dont la fin est le transfert de la propriété. Cette explication permet de concilier les deux définitions que donnent du *nexum* deux auteurs cités par Varron, définitions qui au premier abord, semblent contradictoires : « *Nexum Manilius scribit omne quod per æs et libram geritur, in quo sunt mancipia : Mucius quæ per æs et libram fiunt ut obligentur præter quæ mancipio dentur.* » Varron se décide pour la seconde définition, non que la première soit mauvaise, mais les deux auteurs se placent à un point de vue différent (2).

29. — La mancipation, avons-nous dit, transfère la propriété des fonds Italiques ; en transfère-t-elle aussi la possession ? Il faut, je crois, distinguer : quand les immeubles sont présents, la mancipation contient une tradition réelle par laquelle la possession est transmise ; c'est ainsi

(1) Festus, v° *Nexum*.
(2) Varron, *De ling. lat.*, VII, 105. — Cf. Jhering, t. III, p. 225 et 226.

que les choses se passent dans la mancipation des objets mobiliers, dont on prend possession en les saisissant, et il doit en être de même dans le cas présent. Mais, quand les immeubles sont éloignés, celui qui les reçoit *in mancipio* n'en devient pas immédiatement possesseur par l'effet seul de la mancipation. Ceci me paraît résulter clairement de plusieurs textes. Gaius (1) dit que, dans le cas d'un legs *per damnationem*, l'héritier doit, si la chose léguée est *mancipi*, la manciper ou la céder *in jure* au légataire, *et lui en transférer la possession* ; si elle est *nec mancipi*, lui en faire simplement tradition ; ailleurs (2) il nous enseigne encore que celui qui demandait par l'action *empti* qu'un fonds lui fût donné *in mancipio*, devait se servir simplement de la prescription *de fundo mancipando*, afin de pouvoir agir plus tard par la même action pour obtenir la remise de la possession (3) ; enfin les *fragmenta Vaticana* confirment cette manière de voir à propos des donations entre-vifs (4). En résumé la mancipation ne transfère jamais, à notre avis, la possession à elle toute seule ; il faut une prise de possession, qui peut avoir lieu soit par le même acte, soit par un acte séparé.

30. — Supposons maintenant que l'on ait aliéné par mancipation une chose *nec mancipi* ; quel sera l'effet de cet acte ? Cicéron (5) se pose cette question : « *Finge mancipio aliquem dedisse id quod mancipio dari non potest ; num idcirco id ejus factum est qui accepit ? aut num is qui mancipio dedit, ob eam rem se ullâ re obligavit ?* » Mais il oublie d'y répondre. Je serais d'autant plus disposé à

(1) Gaius, II, 204.

(2) *Id.*, IV, 131.

(3) Ainsi, dans la vente, la mancipation, ne transférant pas la possession, ne constituait qu'une partie de la délivrance.

(4) *Fragm. Vat.* 313. — Cf. L. 4 C. Théod. *de donationibus.*

(5) Topic. 10.

l'imiter que le cas dût se présenter bien rarement en fait ; cependant on mancipait quelquefois des objets précieux, malgré leur condition de *res nec mancipi* (1). On décide assez généralement qu'un pareil acte ne produit aucun effet, la mancipation étant l'*alienatio propria rerum mancipi* (2). J'admettrais cependant que dans le cas où, comme je l'ai dit plus haut, la tradition accompagne la mancipation, cette tradition doit transférer la propriété ; la mancipation ne serait ici qu'une garantie supplémentaire, un moyen de preuve (3).

31. — Parmi les conditions que les jurisconsultes romains nous signalent comme nécessaires pour la validité d'une mancipation, ils ne nous parlent point, comme ils le font pour la tradition, d'une *justa causa*, d'un fait révélant chez le *tradens* l'intention d'aliéner. Voici, d'après M. de Savigny (4), l'explication de cette différence : « On exige, dit-il, la *justa causa* dans la tradition, parce que l'intention de transférer la propriété n'y est pas, dans l'usage, exprimée textuellement. Dans la mancipation, au contraire, l'expression clairement définie de cette intention constituait précisément une partie essentielle de cette formule. Cette chose, disait l'acquéreur, est dès à présent ma propriété, car je l'ai achetée avec la pièce de monnaie que voici. Aussi bien l'indication de la *justa causa* aurait été tout à fait superflue. »

32. — II. Cessio in jure. — « La *cessio in jure*, dit Gaius (5), se pratique de la manière suivante : devant un

(1) Par exemple, certaines perles nommées *uniones* : « in mancipium venit, dit Pline, ut prædium aliquod. » (*Hist. nat.*, lib. IX, c. 56, 58 et 60.)

(2) Ulpien, XIX, 3.

(3) Ortolan, *op. cit.*, t. II, n° 315.

(4) De Savigny, *Droit des obligations*, t. II, p. 407.

(5) Gaius, II, 24.

magistrat du peuple romain, comme un préteur ou un président de province, celui à qui la chose est cédée en justice, tenant la chose elle-même, prononce ces paroles : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio* » ; après qu'il a ainsi revendiqué, le préteur demande au cédant s'il revendique de son côté ; celui-ci répond négativement ou garde le silence, et le magistrat adjuge alors la chose au demandeur en revendication ; on appelle cela une action de la loi ; elle peut aussi avoir lieu dans les provinces devant leurs présidents. » — Trois personnes sont donc en présence dans la *cessio in jure* : l'acquéreur qui joue le rôle de demandeur à la revendication, l'aliénateur celui de défendeur, et le magistrat qui prononce et adjuge la propriété. « *In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit prætor* (1) ». C'est une application de la maxime que l'aveu fait chose jugée : *confessus pro judicato habetur.*

33. — La nécessité de se présenter devant le magistrat rendit la *cessio in jure* bien moins fréquente en pratique que la mancipation (2) ; elle fut surtout employée pour l'aliénation des choses incorporelles, usufruit et servitudes, qui ne pouvaient guère s'aliéner directement que par ce moyen (3). Elle présentait encore sur la mancipation un autre avantage, celui de s'appliquer également aux choses *mancipi* et *nec mancipi*. L'esclave et le fils de famille ne peuvent jouer aucun rôle dans la *cessio in jure*, pas plus comme acquéreurs que comme aliénateurs. Pour l'esclave, l'accès du prétoire lui est interdit, et la *cessio in jure* est le simulacre d'un procès. Le fils de famille ne peut, en aliénant, rendre pire la condition de son père. On ne voit pas très bien la

(1) Ulpien, XIX, 10.
(2) Gaius, II, 25.
(3) Ulpien, XIX, 11.

raison pour laquelle il ne peut acquérir par ce moyen; celle que donne Gaius ne paraissait guère admissible (1).

A part ces différences, elle se rapprochait beaucoup de la mancipation (2). Comme celle-ci, elle était applicable aux meubles et aux immeubles, devait être accomplie par les intéressés eux-mêmes, ne souffrait aucune modalité, ne transférait pas en général la possession et ne supposait pas de *justa causa*. Nous renvoyons donc, pour toutes ces questions, à ce que nous avons déjà dit précédemment sur la mancipation.

34. — III. Tradition. — « La tradition est, par excellence, le mode d'aliénation des choses *nec mancipi*. Nous acquérons par la tradition la propriété de ces choses, pourvu qu'elles nous aient été livrées en vertu d'une juste cause (3). »

Ulpien, qui nous donne cette définition, ne nous indique, contre son habitude, aucune forme à observer, aucune exigence particulière de la loi. C'est qu'en effet la tradition, à la différence des deux autres actes translatifs, est en dehors du droit civil ; ce n'est pas une création artificielle du législateur romain et à l'usage exclusif de Rome, c'est un acte essentiellement de droit naturel, *ex jure gentium*, disent les jurisconsultes romains, connu de tous les peuples, admis dans toutes les législations ; c'est cet acte simple consistant à remettre une chose à la disposition effective de celui qui doit désormais en jouir ; c'est, dans le sens le plus large, la remise de la possession. Voilà pourquoi toute solennité spéciale est superflue, pourquoi l'on ne peut à l'avance fixer rien de précis, d'immuable :

(1) Gaius, II, 96.

(2) « Quod valet mancipatio, idem valet et in jure cessio. » (Gaius, II, 22.)

(3) Ulpien, XIX, 7.

Nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini, volentis rem tuam in alium transferre, ratam haberi (1).

35. — Il ne faudrait pas croire cependant que la tradition fût complétement en dehors des règles du droit ; elle exige au contraire, pour être translative de propriété, certaines conditions précises ; ainsi il faut :

1° Que le *tradens*, celui qui livre, ait le pouvoir d'aliéner la chose : par conséquent, et la qualité de propriétaire, et la capacité de rendre sa condition pire, ce qui exclut l'impubère, le fou, etc.

2° Que l'*accipiens*, celui qui reçoit, ait le pouvoir d'acquérir : ainsi, il doit d'abord recevoir la tradition, ou pour son propre compte, ou pour un tiers *qui l'a chargé* de recevoir pour lui la possession ; de plus, avoir la capacité d'acquérir, ce qui exclut d'une manière générale le pupille, *infans*, le fou, etc., et, pour certains objets, des catégories particulières de personnes, comme les gouverneurs pour l'acquisition d'un fonds situé dans leur province.

3° Que la chose elle-même soit corporelle et *nec mancipi*, car on ne conçoit pas la possession d'une chose incorporelle(2), et la tradition n'est pas applicable aux choses *mancipi*.

4° Que cette chose soit mise à la disposition physique de l'*accipiens* ; ce fait matériel de posséder, de détenir physiquement une chose est ce que les Romains appellent *corpus*, la possession corporelle.

5° Enfin que cette chose ait été remise et reçue avec l'intention d'en transférer et d'en acquérir la propriété ; c'est ce qu'on appelle l'*animus*, l'intention ; mais, pour être translative de propriété, la tradition doit être faite en vertu d'une *juste cause*, c'est-à-dire d'un fait quelconque

(1) Gaius, l. IX, § 3, D. *de adq. rer. dom.*
(2) Id., *Inst.* II, 19, 28.

qui fasse connaître quelle est l'intention des parties, qui révèle leur volonté d'aliéner. L'intention, en effet, a besoin, pour être connue, d'un fait extérieur qui la prouve et la mette hors de doute.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce point, que nous étudierons plus en détail quand nous ferons la théorie de la tradition sous Justinien, dans le dernier état du droit.

36. — La tradition, mode de droit des gens, faisait-elle acquérir la propriété de droit civil ? Ici encore, il faut distinguer les choses *mancipi* des choses *nec mancipi*.

37. — A. On a dit d'abord que la tradition ne pouvait transférer la propriété quiritaire des choses *nec mancipi*, parce que ces choses sont en dehors du droit civil. Ce système, je l'ai dit et, je crois, démontré, n'est pas admissible (1). — Mais, en admettant même les *res nec mancipi* comme susceptibles du domaine *ex jure Quiritium*, pouvait-on l'acquérir par la tradition? Je ne crois pas possible d'en douter; on a dit qu'il y avait contradiction entre avoir acquis *ex jure gentium* et dire : *res est mea ex jure Quiritium*. En tout cas, cette contradiction se rencontrerait dans le droit romain entier, car le droit civil s'est assimilé nombre d'institutions du droit des gens ; en matière de contrats, par exemple, nous voyons la vente, le louage, la société, le mandat, contrats de droit des gens, garantis par le droit civil et produisant une *civilis obligatio*. Dès lors, pourquoi la tradition d'une *res nec mancipi* ne transférerait-elle pas le domaine quiritaire? — Dira-t-on que, puisqu'il y avait à Rome une propriété de droit des gens opposée au *dominium ex jure Quiritium*, la tradition pouvait bien ne faire acquérir que cette propriété seule ? Mais les textes contredisent formellement une telle supposition. Ulpien et Gaïus mettent sur la même ligne l'acquisition

(1) V. ci-dessus, n° 24.

d'une chose *mancipi* par la mancipation, d'une chose *mancipi* ou *nec mancipi* par la *cessio in jure*, et d'une chose *nec mancipi* par la tradition. « La propriété des choses, dit le premier, nous est acquise par mancipàtion, tradition,... *cessio in jure* (1). » Il n'y a pas de distinction, et la tradition est même intercalée entre les deux autres modes de droit civil. Un peu plus loin: « La tradition est le mode d'aliénation propre aux choses *nec mancipi;* c'est par la tradition que nous en acquérons la propriété (2). » — « Les choses *nec mancipi*, dit le second, peuvent être aliénées par tradition, pourvu qu'elles ne soient pas incorporelles.... (3). » Objectera-t-on encore que ces jurisconsultes ont voulu parler de la propriété en général, sans vouloir faire allusion au domaine quiritaire? C'est difficile à admettre ; mais, même en l'admettant, on se trouve toujours en face de textes impossibles à détruire. Gaïus, par exemple, nous dit que la propriété de droit des gens (*in bonis*) prenait naissance en cas de tradition *d'une chose mancipi* (4). Donc, la tradition d'une chose *nec mancipi* donnait la propriété civile; sans cela quel aurait été son effet, étant admis que ces choses font partie du droit civil ? De même, un texte de Paul accorde l'action en revendication, action civile, à celui qui a acquis le domaine ou par le droit des gens, ou par le droit civil (5).— Enfin,si l'*accipiens* avait eu la chose *in bonis*, il aurait eu besoin de l'usucapion pour arriver au domaine *ex jure Quiritium*. Mais nulle part les textes ne nous signalent cette hypothèse d'usucapion ; cette dernière avait seulement deux applications, totalement

(1) Ulpien, XIX, 2.
(2) *Id. ibid*, 7.
(3) Gaïus, II, 19, 65.
(4) *Id.* II, 41.
(5) L. 23 pr. D. *de rei vind.*

étrangères à la question qui nous occupe (1). — La tradition, appliquée à une *res nec mancipi*, est donc bien un mode d'acquérir conférant la propriété civile, le *dominium ex jure Quiritium*.

38. — B. A-t-elle le même effet à l'égard des *choses mancipi ?* Cette question nous amène à expliquer un fait, à première vue bien singulier et propre au droit romain : la division de la propriété d'une même chose entre deux personnes différentes dont chacune a des droits particuliers. Voici comment se produisit ce résultat :

A l'origine, nous l'avons dit, il n'y avait légalement à Rome qu'une espèce de propriété, la propriété civile (*mancipium*, et plus tard *dominium*). Pour les choses *mancipi*, ce domaine s'acquérait ou par mancipation, ou par *cessio in jure ;* appliquée à ces choses, la tradition, impuissante à procurer la propriété de droit civil, ne produisait aucun effet ; le *tradens* restait propriétaire et, par suite, maître de revendiquer la chose qu'il avait livrée entre les mains de l'acquéreur. « Ce trait de mœurs des Romains, dit M. Troplong (2), se manifeste avec ingénuité dans certaines scènes des comédies de Plaute. On y voit des fripons tromper des imbéciles en leur faisant acheter sans mancipation des choses de mancipation, par exemple des esclaves. L'acheteur croit avoir fait une excellente affaire parce qu'il n'a pas payé cher; mais bientôt un autre fripon vient réclamer l'esclave comme sien, et le pauvre acheteur perd la chose et le prix : il reçoit par-dessus le marché des coups de poing qui terminent la pièce. » — Il n'y avait à cette situation qu'un remède, l'usucapion ; par ce moyen

(1) L'usucapion avait lieu dans les deux cas suivants : 1° lorsque, de bonne foi, on avait reçu une chose (*mancipi* ou *nec mancipi*) de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire ; 2° lorsqu'on avait reçu par simple tradition une chose *mancipi*.

(2) Troplong, *op. cit.*, p. 34.

l'acquéreur devenait propriétaire, comme si la chose lui avait été livrée par mancipation ou *cessio in jure ;* mais jusque-là, c'est-à-dire, pendant un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles, il restait exposé à la revendication et à toutes les chicanes d'un débiteur de mauvaise foi.

39. — Comment améliorer cette situation ? Il y avait deux moyens : assimiler la tradition aux deux autres modes de droit civil, en lui faisant produire les mêmes effets relativement aux choses *mancipi*, ou bien lui conserver son caractère d'institution de droit des gens, en ne lui faisant produire qu'une propriété de droit des gens. Les vieux Romains étaient trop formalistes pour prendre le premier parti ; ce fut au second que l'on s'arrêta. Le préteur décida que le domaine civil resterait, il est vrai, au *tradens*, mais que l'*accipiens* aurait sur la chose livrée un droit de propriété selon le droit des gens, moins complet que le *jus Quiritium*, mais en réalité plus utile ; de la personne ainsi protégée on disait qu'elle avait la chose dans ses biens (*in bonis*), d'où les commentateurs, à la suite de Théophile dans sa paraphrase grecque des Institutes (1), ont tiré la dénomination, inconnue aux Romains, de *domaine bonitaire*. « Les préteurs procédèrent ici, dit M. Giraud (2), comme dans toutes leurs institutions; ils se contentèrent de créer sans abattre, d'admettre la théorie nouvelle sans abolir l'ancienne. De là ce dualisme surprenant de deux propriétés ; la philosophie consomma cette révolution; on rechercha la nature et la cause du droit de propriété, on en pénétra les éléments, et l'on vit qu'au-dessus de la propriété quiritaire, il y avait une propriété supérieure ayant sa base dans le droit naturel. »

(1) Théophile, *Inst. Just.*, I, V, 3.
(2) *Droit de propr. à Rome*, p. 241.

40. — La propriété se divisa donc entre deux personnes : l'aliénateur par tradition de la chose *mancipi* retenait le *nudum jus Quiritium;* l'*accipiens* avait la chose *in bonis* jusqu'à ce que l'usucapion vînt transformer cette propriété prétorienne en propriété civile, réunir les deux droits sur une même tête, comme si la chose avait été mancipée ou cédée *in jure* (1). — M. Accarias (2) résume d'une façon très précise les caractères de la propriété bonitaire dans les deux propositions suivantes : 1° dès à présent, c'est à l'acquéreur, à lui seul, qu'appartient le droit d'user, de jouir et de disposer (3); 2° dès le moment de la tradition, l'acquéreur commence une usucapion dont il n'est au pouvoir de personne d'empêcher l'accomplissement. Le propriétaire lui-même ne réussirait ni à lui enlever la chose, ni même, en ayant recouvré la possession, à la retenir.

41. — Mais, en attendant que cette usucapion fût accomplie, voici quelle était la situation de l'acquéreur : 1° en cas de revendication du propriétaire *ex jure Quiritium*, s'il était encore en possession de la chose, il opposait l'exception de dol; mais il pouvait arriver que celui-ci cédât son *nudum jus*; le cessionnaire, lui, n'était pas coupable de dol; cette exception, opposable seulement au vendeur ou à ses héritiers, n'étant pas applicable ici, l'acquéreur employait alors l'exception *rei venditæ et traditæ*, opposable à toute personne. — 2° S'il avait perdu la possession, l'exception, simple moyen de défense, ne suffisait plus. On lui accordait alors une action, la Publicienne, sorte de revendication du droit prétorien. Cette action était qualifiée de fictice (*fictitia*), parce que, dans la formule, le juge est chargé

(1) Gaïus, II, 40,41.
(2) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 513 et suiv.
(3) Gaïus, I, 54 ; III, 166. Ulpien, XIX, 20.

d'examiner, non pas si le demandeur est actuellement propriétaire, mais s'il le serait en supposant qu'il eût possédé la chose pendant le temps requis pour l'usucapion, et de statuer comme si cette usucapion était accomplie : « *Si quem hominem* (ou *quam rem*) *Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret*, etc. » (1). Cette action était donnée contre tout possesseur en général ; mais, si c'était le propriétaire quiritaire lui-même qui avait repris la possession de la chose aliénée, il opposait l'exception *justi dominii* : « *Si ea possessoris non est* » ; mais comme cette exception aurait amené un résultat inique si le propriétaire lui-même avait vendu ou livré la chose à son adversaire, l'acheteur répondait par la réplique *rei venditæ et traditæ* : « *Si eam rem possessor vendiderit aut tradiderit* », ou simplement par la réplique *doli mali*, puisqu'il y avait dol de la part du défendeur à argumenter ici de sa qualité de propriétaire (2). — 3° Si le propriétaire bonitaire veut aliéner, il ne peut employer que la tradition et ne transmet que son propre droit. *Nemo plus juris dare potest, quam ipse habet.*

42. — En résumé, l'acheteur à qui on avait simplement fait tradition d'un fonds italique, quoique n'en devenant propriétaire selon le droit civil qu'au bout de deux années, acquérait immédiatement en réalité tous les avantages de la propriété ; le propriétaire quiritaire, quoiqu'ayant en droit strict le droit de disposer de sa chose et la revendication pour la réclamer, ne pouvait s'en servir au préjudice de son acquéreur ; il n'avait donc qu'un titre sans utilité. Ainsi la propriété bonitaire n'est inférieure ni par la sécurité, ni par la transmissibilité ; les moyens seuls

(1) Gaïus, IV, 36.
(2) Pellat, *Princ. du dr. de propriété*, nos 36 à 38.

sont dissemblables, et sur les quelques points de détail où se révèle la supériorité pratique du domaine *ex jure Quiritium*, ce n'estpas le bonitaire qui souffre. — Le principe de l'*in bonis*, une fois adopté, fut étendu par la jurisprudence et l'édit du préteur à beaucoup de cas que nous ne pouvons énumérer ici, et qui sont, du reste, étrangers à notre matière.

43. — A la différence de la mancipation et de la *cessio in jure*, la tradition, mode de transmission de droit des gens, était accessible au pérégrin ; c'était même la seule manière de transférer la propriété d'un citoyen romain à un pérégrin ; elle avait, du reste, cet effet de transformer la propriété quiritaire en propriété de droit des gens. Le pérégrin acquérait donc certainement ainsi la propriété des choses *nec mancipi* ; mais, en cas de simple tradition d'une chose *mancipi* , quelle était sa situation? Selon moi, il acquérait une propriété de droit des gens, il est vrai, mais une propriété pleine et entière. Pour lui, il ne pouvait être question de choses *mancipi* ou *nec mancipi*, de domaine quiritaire ou bonitaire ; ces distinctions, admises dans les rapports des citoyens entre eux, n'existaient pas à son égard. Plusieurs textes corroborent cette opinion. Ulpien, parlant d'un esclave, chose *mancipi*, nous dit qu'il serait *in bonis* d'une personne dans le cas suivant : si cette personne, *citoyen romain*, l'a acheté *d'un citoyen romain* et livré sans mancipation ni *cessio in jure* (1) ; donc le pérégrin, pour qui l'*in bonis* est non avenu, acquiert, dans ce cas, la pleine propriété ; c'est là le sens des mots *si civis romanus a cive romano servum emerit*, ou ils n'en ont aucun, et c'est à dessein que le jurisconsulte suppose les deux parties citoyens romains. — L'usufruit, disent les *Fragments du Vatican* (2), ne peut être retenu (*de-*

(1) Ulpien, I, 16.
(2) *Fragm. Vat.* 47.

duci) par la tradition sur une chose *nec mancipi*, ni sur un esclave, s'il est livré à un pérégrin. L'esclave livré à un pérégrin est donc *nec mancipi*, par suite susceptible de tradition. — Et puis, encore une fois, comment le citoyen pourrait-il retenir le *nudum jus Quiritium* ? où serait l'*in bonis*, inconnu au pérégrin ? *Apud peregrinos unum est dominium*, dit Gaïus (1), *itaque aut dominus quisque est, aut dominus non intelligitur.* » Peut-être, probablement même, l'étranger ne fut pas admis, à l'origine, à la propriété de l'*ager romanus* : *adversus hostem æterna auctoritas* (2) ; mais quand l'*hostis* est devenu le *peregrinus*, quand il a pu posséder un fonds italique, cette propriété a dû être pleine et entière, et les textes qui nous citent, à titre d'exemple, un esclave, sont applicables au sol italique, aussi *res mancipi*. En un mot, la tradition d'une chose *mancipi* entre deux personnes, dont l'une ou toutes deux étaient de condition pérégrine, devait avoir le même effet qu'aurait eu la mancipation de cette chose entre citoyens romains (3).

SECTION II

FONDS PROVINCIAUX.

44. — Toute propriété, pour le Romain, appartient originairement au peuple, nous dirions aujourd'hui à l'État, qui la répartit comme il l'entend entre les particuliers ou se la réserve. Voilà le point de départ de la division en fonds italiques et fonds provinciaux.

Le territoire primitif de Rome, l'*ager romanus*, fut, à l'origine, divisé d'abord entre les tribus, puis entre les citoyens, pour former l'*ager privatus* ; mais une partie

(1) Gaïus, II, 40.

(2) Loi des XII Tables, tab. III, fragm. 6.

(3) De Savigny, *Traité de dr. rom.*, t. II, p. 39 ; Demangeat, *Cours élém. de dr. rom.*, t. I, p. 480.

resta publique et constitua l'*ager publicus* (1). Ce champ romain ne s'augmenta pas et resta toujours le type auquel, pour l'application des droits concernant la propriété, on assimila plus ou moins tous les autres territoires. A partir de Numa, les terres conquises entrent, suivant le principe, dans l'*ager publicus*, propriété du peuple romain, mais elles ne s'ajoutent pas à l'*ager romanus* ; elles forment un *ager peregrinus*, qui, à la différence du premier, embrassera un jour le monde connu (2). Celui-ci subit, après chaque conquête, la même division que l'*ager romanus* ; une partie était abandonnée aux particuliers, soit par vente à l'encan (*agri quæstorii*), soit par distribution gratuite à la plèbe, et plus tard exclusivement aux soldats, aux vétérans conduits dans les colonies (*agri assignati*). Ces deux dispositions attribuaient à l'acquéreur la propriété romaine. L'autre partie restait publique ; mais, pour cette partie même, l'Etat se dessaisit bien vite en faveur des particuliers ; tantôt il laissait aux vaincus les terres conquises, tantôt il les abandonnait à qui voulait les occuper et les cultiver, citoyen ou pérégrin (*agri occupatorii*), tantôt il les donnait à ferme, à emphytéose, moyennant une redevance au fisc (*agri vectigales*). Mais, remarquons-le bien, dans cette seconde hypothèse, Rome n'abandonnait pas son droit de propriété ; elle gardait du domaine, sinon la pleine réalité, au moins le titre et certaines prérogatives. La guerre sociale, qui avait valu à tous les Italiens la concession du droit de cité, entraîna aussi l'assimilation du territoire italien à l'*ager romanus*, puis vinrent les concessions du *jus italicum* à certains territoires, que des raisons fiscales rendaient, du reste, assez peu nombreux.

45. — Au commencement de l'empire (et les choses

(1) Varron, *De ling. lat.*, V, 55 ; et Cic. *De rep.*, II, 14.
(2) Varron, *De ling. lat.*, V, 33.

changèrent peu par la suite), l'*ager peregrinus* s'est divisé en deux grandes parties : l'une, composée des terres italiques, a été assimilée à l'*ager romanus* ; il est devenu par là même *ager privatus*, susceptible de domaine privé et de propriété romaine ; l'autre est restée publique, tout en appartenant à des particuliers, et forme les fonds provinciaux. Sur ces fonds, la propriété est plutôt un fait qu'un droit ; leurs détenteurs sont considérés comme n'en ayant en quelque sorte que la possession et la jouissance : *nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur* (1). Tandis que les terres italiques sont exemptes d'impôts, les terres provinciales paient tribut, sous la république, au peuple, sous l'empire, au sénat, son représentant (*prædia stipendiaria*), ou à César (*prædia tributaria*) (2) ; ces *prædia provincialia* s'appellent *possessiones*, non pas *agri* ; ce sont des possessions, non des propriétés. Voilà la théorie ; mais, en pratique, cet état de fait présentait à peu près tous les avantages d'une propriété véritable, notamment la faculté de transmettre les biens entre-vifs ou de les laisser à ses héritiers (3).

46. — Quant à la transmission des fonds provinciaux, les modes de droit civil étaient évidemment inapplicables; un seul mode pouvait donc être employé ici, la tradition, qui, ayant pour effet immédiat de transférer la possession, et pour effet médiat de transférer la propriété, quand cela se peut, réalisait, autant que le comportait le sol provincial, le but que se proposaient les parties. Les *Fragments du Vatican* nous en donnent un exemple ; lorsqu'une chose

(1) Gaïus, II, 7.

(2) Gaïus, II, 21. — Les noms de stipendiaires et tributaires viennent de ce que l'impôt foncier des premières, *stipendium*, était versé dans l'*ærarium*, ou trésor public ; celui des secondes, *tributum*, dans le *fiscus*, ou caisse de l'empereur.

(3) Théophile, *Inst.*, 40, *de divisione rer.*

tributaire a été donnée successivement à deux personnes, celle-là doit être préférée à qui, la première, a été livrée la possession (1). Mais quelle était la nature de cette possession, et par quoi était-elle protégée ? Les gouverneurs de province usaient souvent de procédés analogues à ceux que la préture avait imaginés à Rome ; il est donc probable qu'à l'origine le détenteur d'un fonds provincial fut protégé par des interdits ; plus tard il fut armé d'une action réelle dont nous ignorons le nom et la nature, mais qui nous est suffisamment indiquée par un texte de Justinien. Ce prince, après avoir donné une action en revendication à celui qui, *ex justa causa* et de bonne foi, a possédé pendant dix ou vingt ans un fonds provincial, ajoute : « *Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant* (2). »

47. — En un mot, si, en droit pur, le détenteur d'une terre provinciale était possesseur, il était, en fait, propriétaire, capable de disposer, de revendiquer et de transmettre, et je comprends vraiment que M. de Savigny se soit demandé s'il ne fallait pas voir, dans cette propriété supérieure du peuple, une fiction pure des jurisconsultes romains cherchant à expliquer et à justifier l'impôt foncier que payaient les provinces, tandis que l'Italie en était exempte (3). Cette propriété est, il est vrai, moins pleine et moins solide que celle des fonds italiques, mais, à tous autres égards, sa condition est plutôt différente qu'inférieure, et, comme le remarque M. Accarias (4), on parlerait un langage inexact, tout au moins équivoque et dangereux, si l'on disait purement et simplement que les fonds provinciaux ne sont pas susceptibles de propriété privée ; cette propriété ne doit

(1) *Fragm. Vat.*, 315, 316.
(2) L. 8 pr. C. *de præscr. trig. vel quadr. ann.*
(3) De Savigny, *Dr. romain.*
(4) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 463.

pas être confondue avec le *dominium ;* mais, à part cela, la différence est moins au fond qu'à la surface des choses.

CHAPITRE III

DROIT DE JUSTINIEN.

18. — En arrivant à cette troisième et dernière phase de l'histoire de la propriété romaine, nous avons à constater d'abord une révolution profonde ; l'esprit de tradition a fait place à l'esprit philosophique et pratique ; les anciennes formes, que la désuétude où elles sont tombées a rendues inutiles, sont devenues énigmatiques et paraissent ridicules. Mais, avant de parler de leur abrogation, expliquons brièvement comment elles se sont, à un moment donné, trouvées sans objet.

19. — En attribuant à l'Etat le *dominium* du sol provincial, on reconnaissait aux particuliers une propriété de fait qui se transférait par la tradition. D'autre part, si la tradition ne conférait pas sur les fonds italiques la propriété quiritaire, elle transmettait, sous le nom d'*in bonis*, une propriété de fait qui, sauf quelques points de détail, présentait avec la propriété provinciale la plus grande analogie. Entre les fonds provinciaux et les fonds italiques, il y avait, en allant au fond des choses, à peu près cette seule différence que les uns étaient susceptibles du domaine *ex jure Quiritium* et que les autres ne l'étaient pas. Que ce *jus Quiritium* disparaisse, et l'assimilation devient complète. C'est en effet ce qui arrive dans la pratique ; ce *nudum jus*

n'est plus à la fin qu'un vain mot, et l'*in bonis* est devenu la forme ordinaire sous laquelle se présente la propriété. Aussi Justinien, en abrogeant cette distinction, ne fait que sanctionner officiellement un état de choses passé depuis longtemps dans les faits et dans les mœurs. « Ce nom, dit-il, est véritablement une énigme ; vainement on cherche ce domaine ; jamais dans les affaires on ne le rencontre ; ce n'est qu'un vain mot qui, dès leurs premières études, vient épouvanter l'esprit des jeunes gens (1). »

Cette disparition de la propriété civile en entraîne bien d'autres. L'empereur Constance, en abolissant les formules juridiques et autres de l'ancien droit (2), supprime par là même la mancipation et la *cessio in jure*, qui disparaissent ainsi peu à peu sans abrogation formelle, ainsi que la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*, qui n'a plus de raison d'être ; la tradition subsiste seule comme mode translatif. L'action Publicienne, qui n'a plus de sens comme protection accordée à la propriété bonitaire, ne s'applique plus désormais qu'à la possession avec juste titre et bonne foi. Une constitution de Justinien, en supprimant toute différence entre les choses *mancipi* et *nec mancipi*, efface enfin, en matière de propriété, le dernier vestige du droit primitif (3).

50. — Ainsi, comme la propriété romaine était partie de l'unité, elle revient à l'unité ; mais le point d'arrivée est bien différent du point de départ ; du règne exclusif de la propriété dure, méticuleuse et étroite du droit civil, on est parvenu insensiblement à la propriété du droit des gens, telle que l'ont faite l'équité naturelle, les jurisconsultes et l'esprit civilisateur et divin du christianisme.

(1) L. unic. C. *de nudo jure Quir. toll.*
(2) L. 1 C. *de form. et impetr. actionum publ.*
(3) L. unic. C. *de usuc. transf. et de subl. diff. rer. manc. et nec manc.*

Après avoir étudié l'historique et les applications de la tradition aux différentes époques du droit romain, il nous faut examiner d'une façon un peu plus détaillée sa nature, ses conditions, son fonctionnement en un mot, tels qu'ils ont été, à peu de chose près, à toutes les époques.

SECTION PREMIÈRE

DE LA TRADITION EN GÉNÉRAL.

51. — Dans le sens large du mot, la tradition est la remise volontaire de la possession. Mais le fait de posséder une chose, de l'avoir à sa disposition est plus ou moins complexe. On peut posséder une chose de plusieurs façons. Le locataire, par exemple, possède la chose louée, mais il sait qu'elle ne lui appartient pas et reconnaît un titre supérieur au sien : c'est la *possessio naturalis* ou *corporalis*, la détention. L'acheteur, au contraire, possède pour lui-même la chose achetée après la tradition ; il en est ordinairement propriétaire et est présumé l'être ; mais il peut ne l'être pas, par exemple si son vendeur ne l'était pas lui-même : c'est la *justa possessio*, la *possessio civilis*, composée du fait physique de pouvoir disposer de la chose et de l'intention consistant dans la volonté d'en disposer comme maître.

La tradition est donc aussi susceptible de deux degrés : tantôt elle transmet la simple détention, tantôt la possession véritable. Dans ce second cas, elle peut, soit procurer la possession seulement en mettant à même d'acquérir plus tard la propriété par l'usucapion, soit une propriété immédiate. C'est sous ce rapport qu'elle fait partie des modes d'acquérir ; on la définit alors le transport de la propriété par la possession.

Nous ne reviendrons pas sur les conditions essentielles à la tradition, au moins quant à ce qui concerne la capacité du *tradens*, de l'*accipiens* et, si je puis parler ainsi, celle de la chose elle-même; écartant donc les trois premiers points énumérés plus haut (1), nous étudierons simplement les deux derniers, le *corpus* ou la mise de la chose en la puissance de l'*accipiens*, l'*animus* ou l'intention, d'une part, de transférer la propriété, d'autre part, de l'acquérir.

I. — *Du Corpus.*

52. — Il faut, disons-nous, que la chose soit mise à la disposition de l'acquéreur; mais quel acte sera nécessaire pour atteindre ce but? faudra-t-il une appréhension physique de la chose, un contact matériel avec elle, ou bien suffira-t-il d'un fait extérieur quelconque qui donne à l'*accipiens* la faculté de disposer désormais de la chose à son gré? Tous les anciens commentateurs du droit romain tenaient pour le premier parti; d'après eux, il fallait une appréhension réelle de la chose; s'il s'agissait, par exemple, d'un immeuble, il fallait y mettre le pied; d'un meuble, le toucher avec la main (2). Mais ils rencontraient à chaque pas dans les textes romains des cas de tradition où cette appréhension réelle n'existait pas. Comment les expliquer? ils s'en tirèrent d'une façon ingénieuse peut-être, mais tant soit peu fantaisiste; ces cas étaient sans doute des exceptions à la règle, mais ces exceptions mêmes se justifiaient par des fictions. Ainsi, il y avait dans la tradition deux grandes divisions: la tradition réelle et la tradition feinte ou symbolique; la première n'a qu'une seule espèce, dit Pothier (3),

(1) V. plus haut, n° 35.
(2) Pothier, *Propriété*, n° 195.
(3) Pothier, *Possession*, n° 43.

celle qui se fait lorsque l'acheteur est mis en possession réelle de la chose vendue ; les traditions feintes se sous-divisent, suivant qu'elles ont lieu par telle ou telle fiction, tel ou tel symbole ; on les appelle *apprehensio ficta*, *actus adscititius* ; il y a, par exemple, les traditions *longæ manus*, *brevis manus*, *symbolique*, *feinte* proprement dite. Tous les anciens auteurs, depuis les glossateurs (1) jusqu'à Donneau (2) et Pothier (3), nous reproduisent consciencieusement ce système, dont on trouve encore des traces dans le Code civil (4). Aucun auteur, cependant, n'avait poussé les choses au point de qualifier de tradition feinte, toute tradition qui n'était pas effectuée au moyen d'un contact matériel absolu avec la chose, mais tous établissaient des distinctions arbitraires et y rapportaient les différents exemples qu'ils trouvaient dans les textes des jurisconsultes romains.

53. — Ceux-ci, cependant, sont bien clairs à ce sujet, et ce n'est pas de leur faute s'ils n'ont pas été compris. Paul dit, par exemple : « *Non est corpore et actu necesse apprehendere possessionem , sed etiam oculis et affectu* (5) ; et dans un autre texte (que je traduis presque mot à mot) : « Quand nous disons que nous devons acquérir la possession *corpore et animo*, ceci ne doit pas s'entendre en ce sens que celui qui veut posséder un fonds en parcoure tous les recoins (*omnes glebas circumambulet*); mais il suffit

(1) Par exemple, la glose sur la loi 3 pr. D. *de adq. poss.* : « Animo solo non potest adquiri possessio, nisi interveniat apprehensio corporalis. Dicunt quidam, *vel aliud quod pro apprehensione habetur.* »

(2) *Comm. jur. civ.*, lib. V, c. 9.

(3) Pothier, *Propr.*, nos 194 et s. ; *Vente*, nos 313 et s. ; Pand. Just., *de adq poss.*, nos 43 et s.

(4) Art. 1604, 1605 et 1606. Ce dernier fait clairement allusion, sous forme d'antithèse, à la tradition réelle et à la tradition feinte qui s'opère par remise des clés, etc.

(5) L. 1, § 21, D. *de adq. possessione.*

qu'il entre dans une partie quelconque du fonds, pourvu qu'il le fasse avec l'intention de posséder ce fonds jusqu'à sa limite (1). C'est clair et, ajouterai-je, c'est logique ; il serait vraiment bien étrange que les Romains eussent considéré comme des exceptions, des anomalies ne pouvant s'expliquer que par des fictions, des hypothèses qui sont à peu près la règle générale; pour les immeubles, la tradition réelle (dans l'ancien sens du mot) est à peu près impossible, et elle est, dans bien des cas, très difficile pour les meubles. Il n'y a donc pas en réalité de traditions feintes ; c'est ce qu'a admirablement démontré M. de Savigny (2), et ce dont nous nous convaincrons en passant en revue quelques-unes de ces traditions prétendues fictives.

54. — 1° *Tradition de longue main* (*longæ manus*). — Cette expression a été tirée d'un texte de Javolenus, au Digeste (3), où il est dit que si mon débiteur dépose en ma présence l'argent ou la chose quelconque qu'il me doit, j'en deviens à l'instant même possesseur et par suite propriétaire, *et quodammodo*, ajoute le texte en manière d'éclaircissement, *manu longa tradita existimanda est.* Les anciens commentateurs ont conclu de ces derniers mots que Javolenus avait vu là une tradition feinte, et Pothier lui trouve immédiatement une utilité : « Dans les choses de grand poids, dit-il (4), la permission que le vendeur donne à l'acheteur de l'emporter tient lieu de tradition, lorsque cette permission se donne *in re præsenti ;* l'acheteur, avant que de s'être mis en devoir de l'enlever, est censé, par cette permission qui lui est donnée, prendre possession de la

(1) L. 3, § 1, D. *de adq. poss.*
(2) *Traité de la possession*, pp. 189 à 199 et 218 à 219.
(3) L. 79, D. *de solut.*
(4) Pothier, *Vente*, 313, *in fine.*

chose *oculis et affectu* ». C'est n'avoir pas de chance; dans le texte qui sert d'exemple, il s'agit d'une somme d'argent, chose qui n'est pas d'un poids énorme et est aussi facile que possible à transporter.

On a aussi rattaché à la tradition *longæ manus* l'hypothèse suivante : Si mon vendeur me montre d'un lieu élevé, sur ma tour, par exemple, le fonds voisin qu'il m'a vendu, et qu'il déclare m'en abandonner la libre disposition, je commence à le posséder aussi bien que si j'étais entré sur le fonds lui-même (1). Pourquoi ? parce que, dès ce moment, le fonds est à ma libre disposition. —Les deux cas s'expliquent sans fiction aucune, simplement par cette idée qui nous servira à expliquer tous les autres, qu'il suffit que la chose objet de la tradition ait été, de n'importe quelle façon, mise à la disposition de l'acquéreur.

55. — 2° *Tradition de brève main (brevis manus).* — « Quelquefois, disent Gaius et les Institutes de Justinien (2), sans tradition, la seule volonté du maître suffit pour aliéner ; par exemple, si quelqu'un vous vend ou vous donne la chose qu'il vous a remise à titre de commodat, de louage ou de dépôt ; en effet, bien qu'il ne vous la livre pas en vertu de ce nouveau titre, par cela seul qu'il consent à ce qu'elle devienne vôtre, la propriété vous est acquise à l'instant même, comme s'il y avait eu tradition. » Toujours parce que dès à présent vous pouvez en disposer et non pas, comme dit Pothier (3), parce que le locataire ou le dépositaire est censé avoir rendu la chose

(1) L. 18, § 2, D. *de adq. poss.*

(2) Gaius, l. 9, § 5, D. *de adq. rer. dom.*; *Just. Instit.*, § 44, lib. II, tit. 1, *de div. rer.*

(3) *Vente*, n° 313. « Il a plu aux docteurs, ajoute-t-il, d'appeler cette tradition de *brève main*, parce que, disent-ils, *nihil brevius hac traditione.*» — La raison véritable est que cette expression se trouve dans la loi 43, § 1, D. *de jure dotium.*

au propriétaire qui est censé lui en refaire tradition. Il ne reçoit pas la possesion corporelle, par la raison bien simple qu'il l'a déjà ; l'*animus* manquait, le propriétaire le lui transfère, la tradition est complète; la détention a précédé la *justa causa*, voilà tout (1).

56. — 3° *Tradition symbolique.* — Ici le mot, comme la chose, est de l'invention des commentateurs; on n'en trouve cette fois aucune trace au Digeste. « La tradition symbolique, dit encore Pothier (2), a lieu par l'intervention de quelque symbole », et il en donne pour exemple la remise des clefs du magasin renfermant les choses vendues. Voici en effet, ajoute-t-il, comment s'exprime Papinien : « Clavibus traditis, ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, *si claves apud horrea traditæ sint* (3) ». Ce dernier membre de phrase embarrasse bien un peu Pothier qui, ne sachant comment l'expliquer, le supprime comme inutile et hors d'usage en pratique (4); car enfin, si les clefs sont le symbole des marchandises, peu importe qu'elles soient livrées à deux cents pas ou à deux cents lieues du magasin ; elles seront toujours un symbole. C'est vrai ; mais comme une clef est ordinairement destinée, non à servir de symbole, mais à ouvrir une porte, il faut qu'elle soit remise à proximité de la porte à ouvrir, sans quoi la tradition des mar-

(1) Les mots *sine traditione* s'expliquent très bien, en les prenant dans leur sens vulgaire, comme livraison de la chose, au point de vue matériel ; au moment de l'aliénation, il n'y a pas déplacement de la chose, voilà ce que veulent dire les Institutes; ces mots ne sont donc pas inexacts, comme l'ont dit certains auteurs.

(2) *Vente*, n° 314.

(3) L. 74, D. *de contr. empt.* ; cf. *Inst. Just.*, lib. II, § 45, et Théophile, paraphr. *eodem*.

(4) *Vente*, n° 314 ; *Propr.*, n° 199 ; Tiraqueau, *De jure contest. possess.*, p. 2, amplif. 3, n° 3 ; au contraire, Dumoulin (*in cons.* Par. *De feud.*, § 20, glose 5, n° 14), et Merlin (*Répert.*, v° *Tradition*) jugeaient nécessaire la livraison *in re præsenti*.

chandises enfermées serait totalement illusoire ; de là l'obligation de remettre les clefs auprès des objets vendus pour qu'on puisse les prendre. — L'art. 1606 du Code civil reproduit la doctrine de Pothier, en y ajoutant un non-sens, puisque, après le Code lui-même, le transfert de la propriété ne résulte plus de la tradition, et que souvent la remise des clefs ne sera pas suffisante pour accomplir pleinement la délivrance.

57. — 4° *Tradition feinte proprement dite ou constitut possessoire.* — Si un vendeur déclare, verbalement ou par écrit, qu'à partir de la vente il détiendra simplement à titre de locataire, commodataire ou usufruitier (en un mot pour le compte de l'acheteur), la chose qu'il possédait auparavant comme propriétaire, l'acheteur deviendra immédiatement et possesseur et propriétaire, et la tradition sera réputée accomplie (1). Pour expliquer cette décision, les commentateurs imaginèrent une fiction contraire à celle de la tradition de brève main : le vendeur était censé avoir transféré à son acheteur la possession et la propriété de la chose, et celui-ci lui avoir remis seulement la détention à titre précaire ; de là le nom de *constitut possessoire*. Ici, comme ailleurs, la fiction est inutile ; l'acheteur a réellement le *corpus*, puisqu'il est maître de la chose et a en réalité la possession qu'un autre n'exerce que pour son compte ; il a aussi l'*animus* qu'il a acquis par la vente. A part la fiction, les commentateurs avaient raison : dans la tradition *brevis manus*, c'est le détenteur qui devient propriétaire ; dans le constitut possessoire, c'est le propriétaire qui devient détenteur.

58. — En résumé, le *corpus*, tel que paraissent l'avoir compris les Romains, est le pouvoir matériel de disposer de la chose livrée et d'y appliquer des actes de maître ; il

(1) L. 77, D. *de rei vind.* ; L. 28, C. *de donat.*

ne suppose ni le contact, ni même la vue (1) ; en admettant cette idée, tout s'explique le plus naturellement du monde et sans avoir recours à la moindre fiction.

II. — *De l'*animus *et de la* justa causa.

59. — Il ne suffit pas d'avoir la puissance effective et matérielle sur la chose livrée, il faut avoir l'intention de s'en servir ; le signe certain que je possède une chose, c'est la volonté où je suis d'en user en maître. Lorsque l'intention des parties est de transférer simplement la possession, on la désigne sous le nom d'*animus possidendi ;* lorsqu'elles se proposent de transférer la propriété, l'*animus* prend plus spécialement le nom d'*animus domini ;* c'est sous ce dernier point de vue que nous allons l'envisager.

60. — Mais à quel signe distinguera-t-on l'un de l'autre ? Comment déterminer si la tradition est translative de possession (*nuda traditio*) ou de propriété ? Il n'existe entre les deux aucune différence extérieure. Dans la mancipation et la *cessio in jure*, il ne pouvait y avoir doute sur l'intention des parties ; il y avait en faveur de l'aliénation une présomption invincible ; la tradition, au contraire, est imparfaite comme acte translatif ; non seulement il faut prouver que la tradition a eu lieu, mais aussi qu'elle a eu pour but une transmission de propriété. Cette preuve ne pourra être possible qu'autant que la tradition sera accompagnée d'un fait ne pouvant se concevoir de la part du *tradens* qu'avec l'intention d'aliéner la propriété de sa chose et rendant cette intention absolument certaine ; l'intention d'acquérir devra, chez l'*accipiens*, se manifester de la même

(1) « Si venditorem, quod emerim, deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. » L. 18, § 2, D. *de adq. possess.*

manière. Voilà, je crois, ce que les jurisconsultes romains entendaient par *justa causa*, une juste cause : « *Nunquam nuda traditio*, dit Paul (1), *transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur* ». C'était donc, d'une manière générale, tout acte produisant l'obligation ou entraînant la volonté de transférer la propriété, soit un contrat, soit un fait quelconque (2).

61. — Quelques auteurs allemands (3) ont émis sur ce point une autre théorie qu'un assez grand nombre d'auteurs français ont adoptée dans ces derniers temps (4). Allons aux sources : « La tradition, dit Puchta (5), n'est en elle-même que la remise de la possession ; elle ne devient translative de propriété que par l'effet du concours de la volonté de céder la propriété chez celui qui livre, et d'acquérir la propriété chez celui qui reçoit. Ce concours de volontés forme la juste cause de la tradition ». Autrement dit, la juste cause serait, non pas le fait entraînant comme conséquence la volonté de transférer la propriété, mais cette volonté même, ce consentement des deux parties, manifesté, pour être saisissable, par un acte extérieur quelconque ; cet acte ne devrait pas être confondu avec l'existence des deux volontés ou *justa causa*, dont il n'est que le signe.

Je ne crois pas que ce système ait jamais été connu des Romains. En théorie, il est fort évident que la volonté des parties est la cause première de tous leurs actes en géné-

(1) L. 31, pr. D. *de adq. rer. dom.*; Ulp. *Reg.* XIX, 7; Gaius, *Inst.* II, 20.

(2) De Savigny, *Dr. des oblig.*, t. II, p. 403 et s.; Ortolan, *op. cit.*, t. II, n° 418.

(3) Warkœnig, *Comment. sur le dr. rom.*, t. I, p. 374 et s. (cité par Ortolan, *loc. cit.*); Puchta, *Cours d'Instit.*, n°s 241 et s.

(4) Accarias, *op. cit.*, t. I, p. 507; Demangeat, *op. cit.*, t. I, p. 445.

(5) Puchta, *op. cit.*, n° 241.

ral et de la tradition en particulier : les jurisconsultes romains le savaient aussi bien que leurs interprètes modernes (1). Mais là n'est pas la question ; cette volonté des parties, tant que rien ne la manifeste, on ne la connaît pas, on ne sait même pas si elle existe, et, quand un acte déterminant la tradition intervient, c'est cet acte qui est effet de la volonté et cause de la tradition. Cette volonté, quelle est-elle ? de transmettre la possession ou la propriété? La déclarer cause de la tradition, c'est affirmer ce qui est en question.

En fait, voici, je crois, quel a dû être le raisonnement du droit romain :

La volonté des parties est cause d'une convention, d'un contrat, d'un fait qui oblige ou détermine à livrer ; cette obligation ou résolution de transmettre est la cause d'une tradition ; dès lors ils appelèrent *justa causa* non pas le consentement des parties au transfert de propriété (ce qui, je le répète, est la chose en question), mais l'acte sans lequel la tradition n'était pas translative. Tout nous le prouve :

1° Il s'agissait ici de trouver un remède au manque de signification extérieure de la tradition et de distinguer l'*animus domini* de l'*animus possidendi ;* il fallait donc que ce remède, qu'on trouva dans la *causa,* fût un acte extérieur, et de plus qu'il impliquât aliénation, sans que la preuve du contraire fût vraisemblable.

2° C'est en effet ce que nous montrent les textes ; dans tous ceux où il est parlé de la *justa causa,* aucun ne

(1) En voici une preuve entre mille : « In omnibus rebus quæ dominium transferunt, dit Javolenus, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium; nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio, sive quælibet alia causa contrahendi fuit, nisi animus utriusque consentit, perduci ad effectum id quod inchoatur non potest ». L. 55, D. *de obl. et act.*

donne ce nom au consentement des parties, mais tous nous disent ici : La tradition est translative de propriété, si elle est précédée d'une vente, donation *ou de quelque autre cause* dont elle est la conséquence (1), et nous trouvons au Digeste l'énumération de ces justes causes : contrats, simples conventions, délit, acte en général (2). Cette énumération serait absurde, si la volonte était cause unique, et tous ces faits des manifestations accessoires de cette volonté.

3° Dans la mancipation et la *cessio in jure*, il n'était pas question de juste cause, et cependant le consentement des parties était théoriquement aussi bien la cause de ces deux actes que de la tradition.

Le silence des auteurs à cet égard s'explique par ce motif que, l'intention des parties ne pouvant être douteuse dans les deux premiers, puisqu'elle était exprimée, une juste cause était inutile (3), et il montre clairement que ces auteurs considéraient la *justa causa*, non point comme un élément substantiel de la tradition, mais comme une condition purement accessoire et extérieure, servant à établir que la tradition avait été accomplie en vue de transférer la propriété. « *Has causas requirimus*, dit avec raison Donneau (4), *non quia ad substantiam dominii transferendi pertinent, sed quia pertinent ad probationem voluntatis transferendi.* »

62. — L'acte servant de juste cause à la tradition étant uniquement destiné à prouver chez les parties l'intention de transférer la propriété, la perfection ou l'imperfection de cet acte était, on le comprend, indifférente à la perfec–

(1) L. 31, pr. D. *de adq. rer.dom.*, rapportée plus haut; Gaius, II, 20; Ulpien, XIX, 7; *Inst. Just.* 40, *de div. rerum*, l. II, tit. 1.

(2) Livre VI, tit. II, *de publ. in rem act.*

(3) De Savigny, *Dr. des oblig.*, t, II, p. 407, cité plus haut, n° 31.

(4) Donneau, *ad leg.* 1, C. *de cond. ind.*

tion de la tradition elle-même. Ainsi une convention faite sous une condition illicite ou honteuse pouvait, quoique nulle en soi, servir de juste cause, car, malgré ses vices, elle prouvait que les parties avaient eu la volonté d'aliéner la propriété (1).

Cet acte pouvait même n'avoir qu'une existence apparente ; il n'y en avait pas moins mutation, et peu importait que les parties eussent été guidées par un motif faux (2). Par exemple, la tradition faite en exécution d'une dette inexistante dont l'une des parties se croit tenue transférait sans aucun doute la propriété de la somme payée, et si, reconnaissant son erreur, le débiteur voulait réclamer son argent, il devait agir, non pas par la revendication, mais par la *condictio indebiti*, simple action personnelle (3). — Toutefois il faut que la *justa causa* ne soit point un acte juridique réprouvé par le droit civil ; celui-ci consent à reconnaître la tradition, mode de droit des gens, mais à condition qu'elle ne servira pas à violer ses prescriptions. Ainsi une tradition faite en exécution d'une donation entre époux ne transférerait pas la propriété (4).

63. — Si l'*animus domini* n'existe pas, nous savons que la propriété ne sera pas transférée ; mais si, tout en existant, il est imparfait, qu'arrivera-t-il ? autrement dit, quel effet aura sur la tradition l'erreur d'une ou des deux parties ? Sans vouloir traiter à fond cette question délicate, posons simplement quelques hypothèses.

(1) Par exemple, en cas de donation *ob turpem causam*, la tradition était translative, mais le donateur pouvait répéter la chose par la *condictio ob turpem causam*, s'il n'y avait *turpis causa* que de la part de l'*accipiens*. (LL. 2 et 3, D. *de cond. ob turp. caus*.)

(2) « Sive vera causa est, sive falsa » (L. 5, D. *de public. in rem act.*)

(3) V. au Digeste le titre *de condict. indeb.*

(4) L. 3, § 10, D. *de donat. inter virum et uxorem.*

64. — 1° *Erreur sur la chose.* — J'entends aliéner le fonds Cornélien; vous croyez acquérir le fonds Sempronien; il y a erreur *in ipso corpore*, sur l'identité de l'objet livré ; il n'y a pas accord de volontés, pas d'*animus* d'un côté ni de l'autre : donc pas de translation de propriété (1).

65. — 2° *Erreur sur l'effet de la tradition.* — Je vous remets de l'argent à titre de dépôt, vous le recevez à titre de prêt : comme déposant, j'entends bien rester propriétaire ; comme emprunteur, vous comptez le devenir, quitte à me rembourser plus tard ; l'*animus acquirendi* existe, mais non l'*animus transferendi :* donc, pas de translation de propriété. Si les écus existent encore, ils pourront être revendiqués ; sinon, il y aura lieu à la *condictio sine causa*, sous exception de dol (2).

66. — 3° *Erreur sur la juste cause.* — Ici les parties sont d'accord sur l'objet de la tradition et sur la transmission à opérer, mais non sur la cause : par exemple, je vous livre de l'argent à titre de donation, vous le recevez à titre de prêt ; la propriété sera-t-elle transférée ? « C'est évident, repond le jurisconsulte Julien (3), et ce n'est pas un obstacle que le dissentiment où nous avons été sur la cause de la dation et de la réception. » — « Je pense, dit au contraire Ulpien (4) après avoir cité Julien, que les écus ne deviennent pas la propriété de celui qui les reçoit, parce qu'il les a reçus dans une autre intention. » De nombreux essais ont été faits pour concilier ces deux textes, dont il est pourtant difficile, je crois, d'atténuer la contradiction (5). Je veux bien

(1) L. 34, pr. D. *de adq. poss.*
(2) L. 18, § 1, D. *de rebus creditis.*
(3) L. 36, D *de adq. rer. dom.*
(4) L. 18, pr D. *de reb. cred.*
(5) Donneau, *ad leg.* 18, *de reb. cred.*, et *Comm. jur. civ.*, lib. IX, ch. 18, 6 ; Vinnius, *Selectæ quæstiones...* XI, 85; Pothier, *Pand. Just.*, tit. XLI, n° 58, *ad notam.*

que, comme on l'a dit (1), cette différence soit plus théorique que pratique; que les deux auteurs, en cas de révocation de la libéralité par le donateur, arrivent à peu près au même résultat par des moyens différents ; soit ; il n'en est pas moins vrai que la propriété est transmise ou non et qu'on ne peut adopter de moyen terme ; les deux textes sont donc absolument inconciliables (2). Au point de vue des principes, je crois l'opinion de Julien préférable : puisqu'on admet des justes causes purement imaginaires, peu importe que les parties aient eu la même en vue ; toutes deux veulent accomplir une mutation de propriété, voilà l'essentiel; qu'importe que ce soit à titre de prêt ou de donation ?

67. — 4° *Erreur sur le droit de l'aliénateur*. — « Si mon *procurator* ou le tuteur d'un pupille a fait à quelqu'un tradition de sa propre chose, croyant qu'elle était ma propriété ou celle du pupille, il n'a pas perdu la propriété et l'aliénation est nulle ; car personne ne peut cesser d'être propriétaire par erreur (3). » Cette solution évidente d'Ulpien semble, au premier abord, contredite par un texte de Marcellus (4) ; mais ce n'est qu'une antinomie apparente. Voici, en effet, l'hypothèse de Marcellus : possédant de bonne foi l'esclave de Titius que j'ai acheté d'un non-propriétaire, je donne à Titius lui-même mandat de le vendre ; le propriétaire véritable n'a donc pas seulement livré, il a vendu ; il est donc, comme vendeur, obligé à la garantie; et si, reconnaissant son erreur, il veut revendiquer, il sera repoussé par l'exception *rei venditæ et traditæ*. C'est la règle : « *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio* ». Mais là, non plus, la propriété n'a pas été transférée, et Titius reste propriétaire, mais sans autre

(1) De Savigny, *Traité de dr. rom.*, t. IV, pp. 166, 167, 168.
(2) Cujas, *ad leg.* 18, *de reb. cred.*
(3) L. 35, D. *de adq. rer. dom.*
(4) L. 49, D. *Mandati.*

ressource que celle de recourir contre son mandant par l'action *mandati*, s'il avait intérêt à ce que l'esclave ne fût pas vendu. La différence entre les deux textes vient donc uniquement de ce qu'il y a vente dans un cas, simple tradition dans l'autre.

SECTION II

DE LA TRADITION DANS LES CONTRATS A TITRE ONÉREUX.

68. — I. *Vente*. — La vente, nous l'avons dit, ne peut, en sa qualité de contrat, transférer aucun droit réel ; elle produit seulement des obligations à la charge des deux parties, *ultro citroque*.

Le vendeur s'oblige à livrer la chose à l'acheteur, qui s'engage à son tour à lui fournir une somme d'argent déterminée. Nous n'avons pas ici à insister sur les diverses obligations du vendeur ni de l'acheteur ; une observation seulement en ce qui concerne la transmission de propriété. — On a toujours dit qu'en droit romain le vendeur n'est pas tenu de transférer la propriété et qu'il lui suffit de procurer à l'acheteur la libre et paisible possession de la chose. Ceci est vrai si l'on veut comprendre dans cette règle le cas où le vendeur n'est pas propriétaire de la chose, mais il ne faut admettre ce principe qu'avec une distinction. Je m'explique.

1° Si le vendeur est propriétaire, son obligation de transférer tous ses droits sur la chose comprend bien évidemment la transmission de la propriété ; autrement il tromperait l'intention de l'acheteur et commettrait un dol. En voici des preuves. Paul dit expressément que le vendeur est tenu de livrer ou de manciper la chose, autrement dit d'en transférer, non pas seulement la possession (la mancipa-

tion ne la transmet pas), mais la propriété (1). Gaius nous dit aussi bien clairement que l'engagement de rendre l'acheteur propriétaire est distinct de celui de lui procurer la libre possession ; il indique un moyen d'obtenir du vendeur la propriété sans la possession : c'est la prescription *de fundo mancipando* (2). Enfin le vendeur, si la chose a été volée sans sa faute, doit céder à l'acheteur son action en revendication, c'est-à-dire ce qui lui reste de la propriété (3).

2° Si le vendeur n'est pas propriétaire, deux cas peuvent se présenter : *a*. S'il a vendu la chose d'autrui de mauvaise foi, sachant qu'elle ne lui appartenait pas, et sans en avertir l'acheteur, il est coupable de dol et soumis à l'action *empti* avant même toute exécution ou trouble quelconque (4). — *b*. Si, au contraire, le vendeur est de bonne foi, ou si, vendant sciemment la chose d'autrui, il en avertit l'acheteur, il n'est coupable d'aucun dol ; l'acheteur devra attendre, pour agir, d'être troublé dans sa possession, à cause de l'obligation de garantie de son vendeur. Dans ce cas, il est évident que le vendeur n'est pas obligé de transférer la propriété de la chose, puisqu'il ne l'a pas lui-même, et cependant la vente est valable. — J'admettrais donc, malgré les textes et les arguments, très forts, j'en conviens, opposés à ce système, que le droit romain, sans spécialiser pour le vendeur l'obligation de transférer la propriété, l'a renfermée dans celle de faire avoir la chose à l'acheteur: *rem præstare habere licere*. Le vendeur doit donc transférer la propriété, quand il l'a lui-même; quant à l'acheteur, il doit, en payant le prix convenu, en transférer la propriété (*dare*); ce dernier point n'a jamais fait difficulté.

(1) Paul. *Sent*, livre I, tit. XIII, 4.
(2) Gaius, IV, 131.
(3) *Instit.*, § 3, *de empt. vend.*, l. III, tit. XXIII.
(4) L. 30, § 1, D. *de act. empti.*

69. — Supposons donc la vente conclue et l'objet livré; cette tradition suffira-t-elle pour opérer transmission du vendeur à l'acheteur? On pourrait le croire, mais dans la loi romaine il n'en est pas ainsi. « Les choses vendues et livrées, disent les Institutes (1), ne sont acquises à l'acheteur que s'il a payé le prix au vendeur ou satisfait ce dernier d'une manière quelconque en lui donnant un *expromissor* ou un gage ; . . . . . mais si le vendeur a suivi la foi de l'acheteur, il faut décider que la chose est acquise sur-le-champ à ce dernier. » Ceci se comprend ; celui qui vend au comptant n'entend se dépouiller de la propriété que si on lui paye le prix, ou qu'on lui offre une garantie suffisante. C'est une interprétation de volonté, ce que nous appellerions en droit français une présomption légale, très justifiée par le danger que courrait le vendeur en cas d'insolvabilité de l'acheteur. Mais cette présomption fléchit devant une manifestation de volonté contraire, ce qui a lieu dans deux cas : 1° le vendeur s'est fait donner une sûreté personnelle ou réelle ; 2° *il a suivi la foi de l'acheteur,* c'est-à-dire s'est contenté du crédit de ce dernier, en lui accordant un terme pour le paiement du prix; ces deux circonstances équivalent à un paiement réel. Inutile d'ajouter qu'en cas de contestation, la preuve de ces diverses circonstances incomberait à l'acheteur.

Mais cet acheteur, en attendant qu'il ait payé le prix ou satisfait autrement son vendeur, acquiert-il la possession ou n'est-il que détenteur ? Bien qu'aucun texte ne tranche la question, je pense qu'il est bien et dûment possesseur ; on ne peut en effet lui refuser l'*animus domini*. Il est du reste bien entendu que le vendeur pourrait faire des réserves même sur la possession et ne livrer la chose jus-

(1) *Instit.*, l. II, tit 1, § 41. — L. 19, D. *de contr. empt.*

qu'au paiement qu'à titre de dépôt, de louage ou de précaire.

70. — Ici vient se placer une question importante. Supposons un immeuble vendu sous condition résolutoire, c'est-à-dire avec cette clause qu'il fera retour au vendeur si tel événement se réalise, par exemple si ce vendeur trouve, dans un temps déterminé, l'occasion d'un marché plus avantageux (*addictio in diem*) ; l'acheteur, dès que la tradition lui aura été faite, deviendra propriétaire. Mais si la condition résolutoire s'accomplit, la propriété reviendra-t-elle de plein droit à l'aliénateur, ou faudra-t-il une nouvelle tradition ? La dernière hypothèse ressort évidemment des principes généraux ; de même que la seule volonté ne peut transmettre la propriété du cédant à l'acquéreur, de même l'anéantissement de cette volonté ne peut opérer cette translation de l'acquéreur au cédant. Celui-ci n'aura donc pour se faire rendre son immeuble qu'une action personnelle, l'action *venditi* selon les uns, l'action *prescriptis verbis* selon les autres. Cependant, dès l'époque classique, Ulpien soutint que la propriété doit, dans ce cas, faire de plein droit retour au vendeur. « Aussitôt qu'une offre meilleure a été faite et acceptée, l'acheteur ne peut plus user de l'action réelle (1). » C'est donc qu'il a cessé d'être propriétaire, par suite que le vendeur l'est redevenu sans tradition aucune, et peut exercer la revendication. Dans ce système, la chose rentrait dans le patrimoine du vendeur, exempte de tout droit réel consenti par l'acquéreur ; suivant l'autre opinion, au contraire, ces charges étaient maintenues.

L'opinion d'Ulpien ne fut pas admise d'une manière générale ; les textes postérieurs à ce jurisconsulte laissent

(1) L. 41, pr. D. *de rei vind.* — Ulpien soutient la même opinion en matière de donation à cause de mort. (LL. 29 et 30, D. *de mort. caus. donat.*)

encore des doutes sur la question (1) ; mais elle prévalut finalement dans le droit de Justinien (2).

71. — II. *Echange*. — La vente se forme par le seul consentement ; il n'en est pas de même de l'échange. Tant que l'une des parties n'a pas livré la chose promise, il n'y a qu'un *nudum pactum* ne produisant aucune obligation civile ; mais, aussitôt que l'une des parties a exécuté le pacte, il devient un contrat innommé, *do ut des*, d'où naît l'action *præscriptis verbis*. Aussi la transmission de propriété n'est pas ici, comme dans la vente, retardée jusqu'à l'accomplissement de l'obligation par l'autre partie. Ce retard s'explique dans la vente par cette raison que le vendeur non payé ne peut demander la résolution du contrat (à moins d'une *lex commissoria* expressément stipulée) ; il ne peut que poursuivre le paiement du prix par l'action *venditi*. L'échangiste, au contraire, a deux actions : l'action *præscriptis verbis*, par laquelle il poursuivra l'exécution du pacte, et la *condictio causa data, causa non secuta*, par laquelle il se fera restituer l'objet livré (3) ; le danger n'est donc pas pour lui le même que pour le vendeur, et il n'y a aucune nécessité de suspendre dans ce cas l'exécution de l'obligation.

72. — III. *Société*. — « Dans la société universelle de biens (*omnium bonorum*) toutes les choses qui appartiennent aux associés deviennent immédiatement indivises ; car, quoiqu'il n'intervienne pas de tradition spéciale, on suppose qu'il y a eu tradition tacite (4). »

On a cru voir dans ce texte une dérogation au principe romain de la non-transmission de la propriété par les con-

(1) LL. 3 et 4, C. *de pact. inter empt. et vend.* Fragm. Vat., § 283.
(2) L. 2, C. *de donat. quæ sub modo ;* L. 41, pr. D. *de rei vind.*
(3) L. 5, § 1, D. *de præscr. verbis.*
(4) LL. 1, § 1, et 2, D. *pro socio.*

ventions ; au fond, c'est bien ce qui a lieu, mais les Romains n'ont pas voulu ici déroger à leur règle, et il y a bien là, comme le dit le texte, une *tacita traditio*. Chaque associé est censé, au moment où le contrat se forme, avoir la volonté de posséder dorénavant pour lui et pour ses coassociés ; il a *l'animus domini* et le *corpus ;* c'est une sorte de constitut possessoire (1).

CHAPITRE IV.

TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ A L'ÉGARD DES TIERS.

73. — Le droit romain, nous venons de le voir, ne négligea rien pour donner une sécurité complète aux mutations de propriété entre les parties ; toute cette matière fut approfondie par les jurisconsultes jusque dans ses plus minutieux détails. Mais un acte translatif, une vente par exemple, n'intéresse pas seulement le vendeur et l'acheteur ; les tiers ont un immense intérêt à le connaître, et le défaut de publicité peut devenir une source intarissable de fraudes et par là-même une entrave au crédit public. — Le législateur romain a-t-il compris et appliqué cette idée ? A-t-il songé à établir une publicité pour instruire les tiers des mouvements de la propriété qui les intéressent ? Je ne le crois pas. Cependant des auteurs des plus accrédités l'ont soutenu ; citons un des principaux défenseurs de cette doctrine : « C'est, dit M. Laboulaye (2), une nécessité

(1) De Savigny, *Droit de possess.*, § 27.

(2) *Histoire de la propriété fonc. en Occident*, p. 151-152. — Dans le même sens, Jourdan, *Thémis*, t. V, p. 481 ; Hureaux, *Rev. de dr. fr. et étr.*, 1846, p. 678.

du droit de propriété que chacun le reconnaisse et qu'il vaille contre tous, en un mot qu'il soit un droit absolu. La propriété existe pour tous les membres de la société. De là l'usage de ne pas laisser inconnues les transmissions de propriété, et de les rattacher à quelque solennité ou du moins à quelque fait assez positif pour qu'on ne puisse pas douter en quelles mains se trouve le domaine. Aussi, chez les Romains, la mancipation et plus tard la tradition constatèrent les mutations de propriété ». Autrement dit, les formes extérieures qui entouraient à Rome les actes translatifs seraient nées du besoin d'assurer le crédit par la publicité; ceci, je le répète, me semble inadmissible; voici pourquoi.

74. — Chez tous les peuples, au début de leur existence, le législateur s'occupe avant tout de l'intérêt des parties; il faut que l'acte accompli ne soit pas sujet à discussion, que la preuve en soit facile, surtout en l'absence d'acte écrit; aussi la forme est tout, nous voyons le symbolisme et les pratiques extérieures prendre pour ainsi dire la place de l'acte lui-même. Rome a suivi la loi commune, et tous les peuples à demi sauvages devaient la suivre après elle. L'objet principal de la mancipation et de la *cessio in jure* était avant tout de rendre palpable et sensible aux parties la transmission de propriété. Il ne pouvait être question du crédit public à une époque où ce crédit n'existait pas encore. Sans doute la mancipation, la *cessio in jure*, la tradition même, renfermaient en elles une certaine notoriété qui pouvait profiter indirectement aux tiers, mais ce n'est pas une raison pour dire que cette publicité a été organisée dans leur intérêt: « Rien, dit très justement M. Troplong, un maître et un modèle dans l'histoire du droit (1), rien n'était plus étranger que tout cela

(1) Troplong, *Traité de la transcription, historique*, p. 14.

aux idées de crédit, dont les créateurs du droit romain n'eurent aucune préoccupation. Il faut une société déjà avancée pour y songer, et lorsque les Romains en arrivèrent au degré où le mouvement des rapports sociaux met en jeu l'intérêt des tiers, ils trouvèrent tout un système de translation de propriété développé antérieurement sous d'autres influences et indépendamment de cet intérêt. Le crédit put en profiter sans doute jusqu'à un certain point, mais ce n'est pas pour lui qu'avaient été originairement introduites dans le droit les formalités extérieures qui étaient l'âme de ce système ».

75. — En second lieu, la mancipation et la *cessio in jure*, précisément à cause de leurs formalités extérieures, étaient inaccessibles aux étrangers, et cependant les étrangers pouvaient être propriétaires à Rome. Ce n'étaient donc pas des moyens de publicité, car les exigences du crédit public étaient aussi impérieuses, sinon plus, en ce qui concerne les étrangers qu'en ce qui concerne les citoyens romains. — Chose étonnante ! Les formalités qu'on prétend créées dans l'intérêt des tiers disparaissent à mesure que le développement du commerce, la multiplication des relations sociales devraient les rendre plus nécessaires ; c'est à l'époque la plus florissante de la civilisation romaine que la mancipation et la *cessio in jure* tombent en désuétude avant d'être légalement abolies, que la tradition même, se débarrassant de ses formes matérielles, tend à devenir consensuelle et par là même occulte. — Alors s'introduit la publicité des donations, mais celle des actes à titre onéreux reste nulle, et aucun effort n'est fait pour la développer. Bien plus, l'hypothèque, ce droit réel qui a toujours eu une si grande influence sur le régime de la propriété au point de vue du crédit, l'hypothèque est occulte ; elle se constitue par la seule convention. — Et quand on avoue que cette publicité n'a pas existé dans le dernier état du

droit romain, on veut la retrouver aux premiers temps de la République romaine, à une époque demi-barbare où la science du droit n'existait pas encore, et où des notions bien plus simples que celle de la publicité des transactions n'auraient pas été comprises ! C'est une illusion ; et, tout en louant la modestie des savants qui ont généreusement attribué aux vieux Romains leurs théories personnelles, je ne puis me résoudre à voir dans le formalisme d'une législation naissante une théorie scientifique que n'a pas pu produire une civilisation plus avancée.

76. — Concluons donc en disant que « le législateur romain n'a pas songé, sauf en ce qui concerne les donations, à établir un régime de publicité destiné à avertir les tiers de la transmission de la propriété. Organiser cette transmission entre les parties, tel est le seul but qu'il se soit proposé d'atteindre ; elle s'accomplit par un fait matériel, la tradition ou la mise en rapport de l'homme avec la chose ; mais une fois que ce fait matériel a eu lieu, la propriété est transférée aussi bien à l'égard des tiers que des parties contractantes : voilà le droit romain en sa dernière expression (1). »

(1) De Resbecq, *Transm. de la propr. fonc.*, p. 57.

DEUXIÈME PARTIE

ANCIEN DROIT FRANÇAIS

77. — Après le droit romain, il nous faut étudier la transmission de la propriété foncière dans notre droit national ; mais avant d'étudier le régime actuel de la propriété en France, nous avons cru nécessaire d'étudier ses origines et ses modifications successives. Ici la tâche, quoique fort attrayante, est aussi bien difficile ; moins que jamais nous avons la prétention d'être complet, et si, par hasard, nous pouvions y réussir, nul certainement ne suivrait jusqu'au bout cette histoire dans son infinie diversité.

Avant d'aborder ce travail, un mot sur la propriété chez les différents peuples qui se trouvaient en présence, lors de l'invasion barbare, époque où commence notre histoire : les Gaulois, les Germains, les Romains.

78. —Quelle était, avant la conquête romaine, l'organisation de la propriété immobilière dans les Gaules? C'est

là une question à laquelle on ne peut guère répondre que par des conjectures. Tout ce que nous savons, c'est que la propriété individuelle du sol y était admise ; le Gaulois avait sa maison, son champ à lui, *ager* en latin, *acre* en celtique, mais les modes de transmission de ces patrimoines ne nous sont pas connus.

79. — Chez les Germains, au contraire, pas de propriété privée : « Nul parmi eux, dit César (1), n'a de champ déterminé, ni de terre qui soit sa propriété ; mais, tous les ans, les magistrats et les chefs distribuent les terres aux diverses peuplades en tel lieu et quantité qu'ils jugent à propos et les obligent à passer ailleurs les années suivantes. » Il ne pouvait y avoir là, on le comprend, de modes réguliers de transmission ; ces peuples ne devaient posséder du reste, avant l'invasion, qu'un droit bien incomplet, et toutes les théories des savants allemands sur la science et la vertu de l'antique Germanie ne font autorité que chez un peuple résolu à soutenir quand même un honneur de famille.

80. — Les Romains avaient introduit dans la Gaule le régime de la propriété tel que nous l'avons étudié à l'époque des jurisconsultes classiques ; il n'y avait que des fonds provinciaux, sauf les cités auxquelles des constitutions impériales avaient accordé le *jus italicum;* la tradition était donc en général le seul mode possible d'acquisition entre vifs. — Mais dans quelle mesure les Gaulois d'origine furent-ils soumis à ce droit ? Devinrent-ils Romains, ou gardèrent-ils, dans une certaine mesure au moins, leurs lois et leurs coutumes après la conquête ? Ce sont toutes questions qui divisent les historiens et auxquelles il est impossible jusqu'à présent de répondre avec précision (2). Arri-

(1) Cæs. *Comm.*, lib. VI, § 22; Tacite, *de mor. Germ.*, 26 et 16.

(2) Voir à ce sujet une discussion à l'Académie des sciences morales

vons donc immédiatement à l'époque des invasions barbares.

81. — Nous diviserons cette seconde partie de notre étude en quatre grandes périodes : 1° de l'invasion de l'empire d'Occident à la dissolution de l'empire de Charlemagne (du v^e^ à la fin du ix^e^ siècle) ; c'est la période barbare ou gallo-franque ; — 2° du x^e^ siècle, époque où apparaît la féodalité, au xv^e^, fin du moyen âge et époque de la rédaction des coutumes ; c'est la période féodale ; — 3° de la fin du moyen âge à 1789 ; c'est l'époque coutumière et monarchique ; — 4° De 1789 à 1804 ; c'est la période révolutionnaire ou intermédiaire qui nous amènera au droit actuel, objet de la troisième partie.

CHAPITRE PREMIER

PERIODE GALLO-FRANQUE.

82. — Quand les peuplades germaniques s'établirent dans la Gaule, elles trouvèrent une partie du sol à peu près abandonnée ; çà et là seulement quelques grands propriétaires, qui ne parvenaient pas toujours à faire cultiver leurs biens par leurs colons ou leurs esclaves, avaient conservé une propriété à peu près illusoire. Les vainqueurs eurent bientôt occupé, soit paisiblement, soit par violence, les terres conquises, et, à la suite de cette conquête, durent intervenir des partages plus ou moins réguliers, opérés,

et politiques, *Moniteur universel*, n^os^ des 10 avril et 2 juin 1879. — Cf. de Valroger, *les Celtes et la Gaule celtique*.

dit-on, par la voie du tirage au sort. De là viendraient ces noms de *sortes Burgundionum, Gothorum*, etc., fréquemment employés dans les anciens documents ; de là aussi le nom germanique d'*allod*, dont la racine *loos*, lot, se reproduit dans la plupart des langues modernes pour désigner ce que donne le sort (1), et dont le dérivé, l'*alleu*, désigna d'abord un immeuble, puis plus tard l'ensemble des biens possédés en propriété par une personne de condition libre. « Tout guerrier, dit Guizot (2), qui prit ou reçut du sort une terre, en fut maître comme de sa personne. La plénitude et l'entière liberté de la propriété furent le caractère fondamental des premiers alleux et la conséquence naturelle du mode d'acquisition. »

83. — A l'*alleu*, propriété libre par excellence, était opposé le *bénéfice*, propriété grevée de charges et soumise à l'autorité d'un propriétaire supérieur. Chez les barbares, l'homme libre s'engageait sous un chef à qui il vouait sa personne et sa vie ; c'était la recommandation, origine des bénéfices qui plus tard amenèrent le fief (3). Quand les Francs s'établirent dans la Gaule et devinrent propriétaires fonciers, les chefs qui, pour reconnaître le dévouement de leurs compagnons (*leudes*, *fidèles*, *autrustions*), leur faisaient dans l'ancienne Germanie des présents d'armes et de chevaux (4), leur concédèrent des terres quelquefois considérables. Ces concessions étaient en général viagères, rarement en pleine propriété. Souvent aussi le plus faible se mettait sous la protection du plus fort, et lui faisait donation de ses biens propres qu'il reprenait ensuite à titre de bénéfice (5). Ces bénéfices étaient-ils révocables au gré du

(1) D'après certains auteurs, *alleu* viendrait de *al-od*, tout propre.
(2) *Essai sur l'histoire de France*, p. 90.
(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXX, ch. 3 et 4.
(4) Tacite, *de mor. Germ.*, 14.
(5) Marculfe, lib. I, form. 13.

chef? Les historiens sont très-divisé ssur cette question (1); quoi qu'il en soit, il est certain que cette révocation eut lieu souvent en fait, malgré les réclamations des concessionnaires. — Nous n'insisterons pas davantage sur ce qui regarde les bénéfices que nous retrouverons plus tard à l'état de fiefs héréditaires ; occupons-nous donc spécialement de la transmission de l'*alleu*.

84. — Comme la législation romaine, ou plutôt comme toutes les législations en formation, le droit germanique nous présente deux caractères saillants : la matérialisation par des formes symboliques et extérieures de l'acte juridique abstrait, et la ratification en assemblée du peuple de tous les actes juridiques importants. De même que les anciens Romains avaient la mancipation, la *cessio in jure*, le testament public (*calatis comitiis*), de même, chez les peuplades germaniques qui envahirent la Gaule, tout se faisait par symbole, et toute déclaration de volonté, institution d'un héritier, convention de donner ou de faire, était accompagnée de la remise d'un objet symbolique ; de même aussi tous les actes privés importants se faisaient en public. C'est encore un usage importé de Germanie ; l'assemblée locale, c'est le *mâl* (*mallum*), sorte de tribunal investi à la fois de ce que nous appellerions aujourd'hui la juridiction gracieuse et contentieuse ; ce mâl était présidé par le comte (*graf*, *grafion*), assisté des *rachimbourgs* (*rachimburgi*), ordinairement au nombre de sept juges choisis parmi les hommes libres. Le comte présidait, mais ne jugeait pas (2); c'est dans cette assemblée du canton

(1) Pour l'affirmative, Montesquieu, *op.cit.*, liv. XXX, ch. 16 ; Mably, *Observations sur l'hist. de France*, liv. I, ch. 3, note *d*. — Pour la négative, Guizot, *Essai sur l'hist. de France*, p. 127; Laboulaye, *op. cit.*, p. 337. — Cf. Pardessus, *Loi salique*, p. 496 et suiv.

(2) Ducange, *Glossaire*, v° *Mallum*. — M. Thonissen a soutenu récemment qu'à l'origine, et notamment sous le régime de la loi salique, le

qu'avaient lieu les actes juridiques auxquels on voulait donner un certain caractère d'authenticité. — Après cette observation générale, étudions rapidement les détails de la transmission de propriété d'après le droit germanique ; nous aurons ensuite à dire quelques mots de la forme romaine qui subsista longtemps encore après l'invasion.

85. — I. Il y avait d'abord la promesse, prononcée oralement, l'engagement, nous dirions aujourd'hui la convention, *adhramitio* (du verbe *adhramire*, promettre) ; elle était parfaitement distincte de la transmission elle-même, quoique l'accompagnant souvent (1). Cette convention était ensuite rendue palpable par un symbole, un acte extérieur, consistant le plus souvent à jeter une paille ou tout autre signe apparent dans le sein, ou à remettre une paille ou une baguette dans la main de celui à qui l'on faisait la promesse (*laisewerpitio*, *laisowerpum*, *andelangum*). — Pour la vente, en particulier, nous trouvons, dans les actes et les formules qui nous sont parvenues en assez grand nombre, à part la description des solennités accompagnant le contrat, les mêmes éléments que dans nos ventes actuelles : l'énonciation de la chose vendue, du prix, la déclaration que l'acquéreur peut disposer comme bon lui semblera de l'objet vendu ; les parties déclarent même quelquefois qu'elles font un écrit pour plus grande sûreté, quoiqu'il ne soit pas nécessaire (2). Plusieurs de ces

président du mâl était non pas le comte officier royal mais un magistrat nommé par l'assemblée de la tribu (*Nouvelle revue historique*, année 1879, p. 31 et suivantes).

(1) D'après M. Pardessus (*Loi salique*, diss. XI, p. 618), il paraîtrait qu'avec le temps on prit l'habitude de distinguer entre ce que nous appelons la convention de donner et la convention de faire, et l'on employa un mot particulier pour désigner celle ayant pour objet de transférer la propriété ; ce mot fut *affathomia*, *affathimus*, d'où *affathomie* (*L. Sals.*, § 48).

(2) Marculfe, form. 19, 20, 21 (livre II) ; app. *ad Marc.*, form. 14 ; Sirmond, form. 4, 5, 36.

formules contiennent mention de la tradition qui accompagne la vente ; d'autres prouvent que cette tradition avait lieu aussi par acte postérieur (1).

86. — II. Venait ensuite la tradition, non pas seulement la tradition romaine, c'est-à-dire l'acte consistant à mettre simplement la chose à la disposition de l'acquéreur, non pas même l'appréhension seule de la chose, mais une cérémonie complète de mise en possession. C'est là surtout que le symbolisme se montre d'une façon extraordinaire ; les images de la langue du droit primitif nous représentent la propriété elle-même comme un vêtement que le propriétaire revêt quand il acquiert son droit, qu'il dépouille lorsqu'il vient à le perdre (2). Tant qu'il ne s'est pas dépouillé pour investir son successeur par un acte positif de tradition, la propriété n'est pas déplacée. Pour rendre frappant cet acte d'investiture, on a recours à toute espèce de formules et de symboles : la tradition se fait par la paille (*per festucam, effestucatio*) que le vendeur remet à l'acheteur ou jette dans son sein (*in laisum*) (3) ; s'il s'agit d'un champ, le vendeur remet à l'acheteur une motte prise ou une touffe de gazon coupée sur la terre vendue, et, pour exprimer qu'il entend aliéner non seulement la terre, mais aussi tout ce qui la recouvre, il lui remet en même temps un chaume, une branche d'arbre ou tout autre produit de cette terre (*traditio per herbam et terram, per festucam, per*

(1) App. *ad Marc.*, 43, 57.

(2) De là les expressions de *exuere, se exutum facere, abducere, renuntiare, werpire* (d'où le vieux mot français *guerpir* et *déguerpir*), etc., pour exprimer le dessaisissement du cédant ; et celles de *induere, vestire*, etc , pour exprimer le vêtissement de l'acquéreur. Cette idée se retrouve au moyen âge dans les mots de *saisine, désaisine, vest et dévest.*

(3) App. *ad Marc.*, form. 19 ; Lindembrog, form. 153. — V. Michelet, *Orig. du dr. fr.*, p. 121, 123 et *passim.*

cespitem, per wasonem) (1). D'autres fois l'investiture s'opérait par la remise, faite par le cédant à l'acquéreur, d'un emblème représentant, non la chose elle-même, mais le droit qu'il lui transmettait sur la chose et le pouvoir d'en disposer ; c'était la paille (*festuca, calmus, stipula*), spécialement employée chez les Francs, le bâton ou la baguette (*baculus, virga, fustis*) (2), le gant, le glaive, le couteau, indices du pouvoir qu'a le propriétaire de commander et même de détruire (3). Quelquefois même (surtout chez les peuples d'origine saxonne), la tradition se faisait par un simple geste, en étendant la main et en repliant les doigts (*traditio incurvatis digitis*). Il serait impossible d'énumérer toutes les formes d'investiture qui se diversifient à l'infini par le caractère et les mœurs de chaque peuple, à plus forte raison d'en donner une classification (4). Pour la vente des biens d'église ou de monastère, on remettait à l'acquéreur un fragment de la corde servant à sonner les cloches (5).

Pour en finir avec cette énumération déjà trop longue,

(1) App. *ad Marc.*, form. 20, 43; Lind. 154; Baluze, form. 30. — V. Klimrath, *Trav. sur l'hist. du dr. fr.*, t. 1er, p. 354.

(2) Michelet, *op. cit.*, p. 121 à 123; Laboulaye, *op. cit.*, p. 379; Pardessus, *op. cit.*, p. 615, 616.

(3) Ducange, v° *Investitura.*

(4) Un auteur allemand, Jacob Grimm, dans ses *Antiquités de droit germanique* (*Deutsche Rechtsalterthümer*), a divisé ses symboles en deux catégories; d'après lui le dessaisissement du cédant avait lieu par la remise d'un emblème représentant le droit sur la chose (le bâton, le glaive, la paille); le vêtissement de l'acquéreur par un autre emblème représentant la chose elle-même la glèbe, le rameau, le gazon). — Ce système, fort ingénieux, est, je crois, une pure hypothèse; outre que l'auteur apporte peu de preuves à l'appui, je ferai observer qu'on rencontre bien quelquefois dans les anciens documents les deux symboles employés simultanément, mais en général on ne rencontre que la mention d'un seul emblème.

(5) Michelet, *op. cit.*, *passim.*

citons un passage de la loi salique qui donne une idée des cérémonies qui se pratiquaient à cette époque. « Le dixainier et le centenier, dit cette loi (1), indiqueront l'assemblée, et il y aura dans l'assemblée un bouclier;... ensuite ils requerront dans l'assemblée même l'homme à qui le bien n'appartient pas encore ; le donateur jettera dans son sein un fétu de paille et lui dira combien il lui veut donner; ensuite celui dans le sein duquel il a jeté la paille se tiendra dans sa maison et prendra trois hôtes;... il doit tout faire avec les témoins qu'il a rassemblés... Plus tard, en présence du roi ou dans une assemblée légale, le donateur remettra son bien à celui qu'il a choisi, et recevra le fétu dans l'assemblée même. Les témoins diront que celui dans le sein duquel le donateur jeta la paille a demeuré dans la maison du donateur, y a réuni trois hôtes ou plus, qu'il les a nourris et qu'ils lui ont rendu grâce en cette maison. »

L'acte translatif est ordinairement désigné dans les anciens monuments par le mot latin de *traditio* ou le mot germanique de *sala* ou *salunga*, dans les documents d'origine plus récente par le mot *investitura* qui se retrouve surtout au moyen âge.

87. — Après la tradition symbolique, il y avait assez souvent une prise de possession réelle entourée de solennités particulières ; ainsi, lorsqu'il s'agissait d'un fonds de terre, l'acquéreur venait y ouvrir un sillon avec sa charrue ou parcourait l'héritage sur une charrette attelée de ses bœufs ou de ses chevaux. Pour prendre possession d'une maison, l'acquéreur foulait solennellement du pied le seuil de la porte ; il ouvrait et refermait cette porte par trois fois différentes. Dans d'autres lois, la prise de possession s'opérait par un séjour de trois jours et trois nuits, ou

(1) *Loi sal.*, tit. 48.

de trois nuits seulement, sur le bien cédé (1). Nous trouvons un exemple de ces solennités dans le passage de la loi salique sur l'*affathomie* que nous avons cité tout à l'heure.

88. — III. En opérant la mutation de propriété, on se préoccupait beaucoup, dans le droit germanique, des moyens d'en assurer la preuve.

L'usage de l'écriture, quoique plus répandu qu'on ne le croit généralement, n'était pas habituel; aussi préférait-on de beaucoup la preuve par témoins. L'acte translatif devait toujours être accompli devant un certain nombre d'hommes libres qui pussent plus tard en garantir l'authenticité. La plupart des lois barbares contiennent des dispositions impératives à cet égard (2); les capitulaires de Charlemagne sont non moins formels (3), et les formules et diplômes qui se rapportent à des actes d'aliénation prouvent que ces dispositions étaient scrupuleusement observées. Le nombre des témoins seulement à varié avec les époques et les coutumes. — La loi ripuaire organise en ce cas un mode de preuve assez original : elle veut que la tradition soit faite en présence de trois, six ou douze témoins, suivant l'importance de la chose, accompagnés d'autant d'enfants, et que l'acquéreur, une fois la possession reçue et le prix payé, donne des soufflets (le nombre n'est malheureusement pas limité) et tire les oreilles aux enfants pour qu'ils lui rendent un jour témoignage (4) Voilà une clause qui devait mettre une certaine animation

(1) Grimm, *op. cit.*, p. 174, 185, 186. — App. *ad Marc.*, form. 30.

(2) *L. Burgund.*, 43 et 60 ; *L. Bajuv.*, XV, 12, *L. Langol.* 172; *L. Rip.*, 59 et 60, cités plus bas.

(3) *Capit.* anno 803, cap. II, § 6 ; anno 809, cap. I, § 26.

(4) *L. Rip.*, 60, cité plus bas.

dans les marchés, surtout si les témoins n'étaient pas sur le moment condamnés au silence ou qu'ils eussent affaire à un acquéreur trop consciencieux ou trop chicanier. Quoi qu'il en soit, ces cuisants souvenirs devaient à la longue être un peu embrouillés par une assistance fréquente aux solennités judiciaires.

89. — On employait aussi assez souvent l'écriture pour conserver le souvenir des aliénations opérées, et ce qu'on a appelé les formules consiste précisément dans des modèles qui servaient aux clercs pour la rédaction de ces différents actes. Lorsqu'on voulait consigner l'aliénation dans un titre écrit, ce qui n'était pas indispensable (1), il était d'usage chez beaucoup de peuples de poser l'encrier, la plume et tous les objets symboliques sur l'écrit et de l'élever en l'air ainsi chargé (*chartam levare*) (2). C'est ce que nous indique cette formule lombarde : « Si est Roboarius (*Ripuarius*), si est Francus, si est Gothus vel Alemanus venditor, pone chartam in terra, et super chartam mitte cultellum, festucam nodatam, wantonem, wasonem terræ et ramum arboris (3) ».

90. — IV. L'effet de la tradition germanique était de déplacer la propriété, mais non la possession; cet acte symbolique donnait à l'acquéreur le droit de se mettre en possession, de jouir désormais du fonds comme propriétaire. C'était par cet acte de maître, symbolique dans certaines coutumes (4), réel et effectif dans d'autres, qu'il devenait possesseur de fait. — Nous n'insisterons pas sur cette

(1) Marc, II, form. 19; app. *ad Marc.*, form. 14. Pardessus, *op. cit.*, page 634.

(2) Klimrath, *op. cit.*, p. 354.

(3) Form. Langob. 8, 9, 10. *Cauciani*, *barbaricæ leges antiquæ*, t. II, p. 474.

(4) V. plus haut, nº 87.

question assez débattue d'ailleurs, et que nous retrouverons bientôt.

91. — Nous avons pu remarquer par ce qui précède que, si les aliénations avaient lieu en général dans le *mâl* (*in mallo*), il n'en était cependant pas toujours ainsi. Ceci nous amène à nous poser cette question : l'aliénation devait-elle nécessairement être faite *in mallo ?* Sinon, quel était l'effet d'une mutation faite simplement devant témoins, mais hors la présence du comte ?

Il me semble impossible à soutenir que toute translation même d'immeubles, accomplie hors de l'assemblée, fût par là même frappée de nullité ; elles étaient trop fréquentes pour ne produire aucun effet. Mais quels étaient ces effets? Voilà où la question devient délicate. On a fait à ce sujet diverses hypothèses ; citons-en une que son auteur a soin du reste de nous présenter comme incontestable et ne prend même pas la peine de discuter. « Cette tradition solennelle (*in mallo*), dit M. Laboulaye (1), donnait la saisine ; celui qui la recevait avait *main garnie*, et la possession d'an et jour rendait la saisine inattaquable... Toute aliénation faite en dehors de ces solennités coutumières, de cette *cessio in jure* germaine, ne conférait que la saisine de fait, espèce de possession naturelle, le domaine restant jusqu'à un certain point entre les mains du vendeur.

La vente solennelle procurait seule la saisine de droit qui dépouillait complètement le vendeur, et quand à cette saisine s'était jointe la possession d'an et jour, l'acquéreur avait pleine et entière propriété sur la chose et personne n'avait plus le droit de l'inquiéter. » Je me demande où M. Laboulaye a bien pu trouver les matériaux et surtout les preuves de cette théorie (à moins que ce ne soit dans les

(1) Laboulaye, *op. cit.*, p. 139, 376, 379.

diplômes hollandais et flamands du XIVe siècle qu'il nous cite en note), dans quel document de l'époque franque il a rencontré la distinction entre la saisine de droit et la saisine de fait, et surtout cette possession d'an et jour complétant l'acquisition, toutes choses qui n'apparaissent qu'à l'époque de la féodalité, c'est à dire au Xe siècle au moins. Je ne crois pas qu'il y eut à l'époque barbare des mots pour exprimer toutes ces nuances de la saisine, si même on connaissait la saisine en général.

92. — Je crois, pour ma part, que, dans le droit germanique ancien, l'acquisition *in mallo*, non seulement n'était pas indispensable, mais était purement facultative de la part des parties; celles-ci l'employaient comme garantie de preuve et de publicité pour les choses importantes. — D'abord c'est un caractère général du droit germanique d'accomplir en assemblée publique tous les actes privés importants (1). En second lieu, aucune loi barbare n'impose la tradition en justice comme forme obligatoire ; toutes les formules et la plupart des diplômes prouvent au contraire que la translation de la propriété était un acte de droit privé. Voici ce que dit la loi ripuaire, la plus explicite sous ce rapport : Si, dans une vente, l'acheteur

(1) L'ecole historique allemande explique ainsi l'origine et la prétendue nécessité de la transmission *in mallo* : les anciens Germains ne connaissaient que la propriété colelctive du sol; il fallut que la tribu abdiquât au profit de l'individu pour que la propriété fonciere pût s'individualiser ; l'intervention de la tribu était donc nécessaire dans tout acte de transmission pour le ratifier. Cette hypothèse tombe devant les considérations suivantes : 1° Ce n'était pas seulement ces actes de transmission de propriété foncière, mais tous les autres actes importants qui se faisaient dans le *mallum;* 2° Même pour ces transmissions, la confection *in mallo* n'était point indispensable; 3° La transformation de la propriété collective en propriété individuelle eut lieu, non par une abdication de la tribu en faveur des particuliers, mais par un partage ou par des prises de possession isolées, sans que la terre ait appartenu à la tribu prise comme telle.

veut recevoir une preuve certaine (*testamentum*), il doit recevoir dans le mâl la chose et le prix et faire consigner cet acte par écrit; s'il ne le peut pas, il doit faire l'aliénation simplement devant témoins (comme il a été dit plus haut, n° 88) (1). Non seulement cette loi ne considère pas l'aliénation judiciaire comme indispensable, puisqu'elle prévoit le cas où elle n'est pas faite de cette façon, mais les expressions : *Si emptor testamentum accipere* VOLUERIT indiquent évidemment qu'il s'agit d'une garantie supplémentaire que l'acquereur peut exiger, mais dont le défaut n'affecte pas la validité de l'aliénation elle-même. La nécessité d'une tradition en justice n'a réellement existé qu'à une époque de beaucoup postérieure, et seulement à partir du plein développement du régime féodal; mais pendant la période du droit barbare primitif, où la propriété allodiale formait encore le cas le plus fréquent, ces formalités n'avaient pas de raison d'être suffisante.

Concluons donc que l'aliénation *in mallo* était facultative et avait seulement pour but, comme tous les actes ainsi faits en assemblée, d'assurer une preuve plus facile et une sorte de caractère d'authenticité, et que, par conséquent, la tradition faite hors du *mallum* avait pleine force, pourvu qu'elle fût prouvée, sans aucune restriction ni distinction à l'égard de la possession et des droits res-

(1) « Si quis alteri aliquid vendiderit et emptor testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet, et pretium in præsente tradat, et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur. » (*Lex Rip.*, tit. LIX, 1.)

. « Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparavit et testamentum accipere non potuerit, si mediocris res est, cum VI testibus, si parva, cum III, quod si magna, cum XII ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat, et sic eis præsentibus pretium tradat et possessionem accipiat et unicuique de parvulis alapas donet et torqueat auriculas, ut ei in postmodum testimonium præbeat. » (*Lex. Rip.*, tit. LX, 1.)

pectifs de chaque partie. Surtout n'allons pas dire, avec Klimrath, que « la tradition judiciaire était indispensable pour acquérir la propriété à l'égard des tiers (1) ». Cette idée un peu trop moderne du savant allemand aurait bien étonné les Germains ses ancêtres, qui devaient, je crois, s'occuper fort peu du crédit public.

93. — A côté des formes germaniques, les actes du temps vous montrent la continuation des formes romaines pour la transmission de la propriété. A cette époque, les lois sont personnelles, c'est-à-dire que chaque individu est jugé selon la loi de la nation à laquelle il appartient et non du territoire sur lequel il se trouve. Les Gallo-Romains avaient donc la liberté de vivre sous la loi romaine ; de plus l'Eglise, qui vit aussi sous cette loi (2), rédige d'après elle les donations qu'on lui fait chaque jour et les aliénations qui la concernent. Des formules qu'on croit du XIIe siècle, à cause de leur latinité (3), nous présentent des ventes dans la forme de la *cessio in jure* et nous apprennent qu'à cette époque on distinguait encore, pour régler les formes du contrat, quelle était la loi du vendeur.

La forme germaine est plus usitée dans le Nord, la forme romaine dans le Midi (4). — Les actes de vente et autres aliénations continuent à être déposés dans les archives municipales, autant que le comporte toutefois la désorganisation du régime municipal à cette époque (c'est ce qu'on appelait *gestis allegare*) (5).

94. — A propos de la loi romaine, terminons ce rapide exposé par une courte comparaison entre ses formes de transmission et celles du droit germanique.

(1) Klimrath, *op. cit.*, t. Ier, p. 363.
(2) *Loi Rip.*, tit. LVIII, 1.
(3) *Cauciani formulæ antiquæ ex Veronensi Codice,* II, p. 472 et 474.
(4) Laboulaye, *op. cit.*, p. 380.
(5) Marc, *Form.* lib. II, form. 2, 37, 48.

Le grand point de ressemblance est le symbolisme de la forme ; la mancipation et la *cessio in jure* ne sont en définitive que des traditions symboliques, et nous retrouvons dans la première l'emploi des témoins, dans la seconde l'intervention de l'autorité judiciaire. Cependant, entre ces formes et celles du droit germanique les différences sont bien sensibles.

Dans les deux modes du droit civil romain, le rôle principal, actif, appartient à l'acquéreur, tandis que le cédant ne prend part à l'acte que d'une manière purement passive. Dans le droit germanique, au contraire, le principal rôle appartient au cédant; c'est lui qui déclare remettre à l'acquéreur la propriété dont il se dépouille, et celui-ci la reçoit passivement. — Voici, je crois, la raison de cette différence de forme. En droit romain, l'élément principal de l'acte translatif est l'occupation de la propriété par l'acquéreur qui invoque, non le droit du cédant et l'abandon que celui-ci lui en a fait, mais son droit à lui, qu'il se borne à affirmer ; c'est moins une transmission qu'une occupation précédée d'une déréliction. — En droit germanique, au contraire, l'élément principal est le dessaisissement du cédant qui transmet à l'acquéreur le droit dont il vient de se dépouiller ; nous avons bien ici une transmission véritable, une investiture dans la force du terme.

95. — Quant à la tradition romaine et à la tradition germanique, elles n'avaient de commun que le nom. La première n'était assujettie à aucune forme déterminée ; la seconde était un acte symbolique dont toute l'efficacité reposait sur l'effet attaché par le droit à sa forme extérieure ; l'une, consistant essentiellement dans la remise de la possession, assujettissait absolument au transport de cette possession le déplacement de la propriété elle-même; l'autre, acte fictif et symbolique, transférait la propriété

sans déplacer la possession jusqu'à une occupation réelle. — Avec des différences aussi tranchées, on comprend que ces deux actes soient restés bien distincts pendant la période barbare, ce qui ressort du reste des documents de l'époque ; la loi bourguignonne, entre autres, oppose formellement la tradition romaine à la tradition germanique (1) ; ce que l'on comprend moins, c'est que, par la suite, ils soient arrivés à se confondre presque complètement ; c'est ce que nous aurons bientôt à constater.

CHAPITRE II.

PÉRIODE FÉODALE.

96. — A l'époque où nous sommes parvenus, c'est-à-dire au commencement du x^e^ siècle, le droit, les institutions, la société entière subissent une transformation profonde ; l'organisation de la propriété immobilière s'adapte fidèlement à la nouvelle organisation politique et sociale ; la terre est tout alors, et le domaine foncier forme la base de la puissance ; la transmission de ce domaine intéresse désormais la société et l'ordre politique lui-même ; aussi la soumet-on à des règles minutieuses et compliquées, à des formes saisissantes et parfois bizarres dans leur précision même, à des rites consacrés, empreints d'un matérialisme étrange. — Mais avant d'aborder cette question

(1) « Cæterum si quis... vel testari voluerit, vel donare, aut romanam consuetudinem aut barbaricam esse servandam sciat, si vult aliquid firmitatis habere quod gesserit. » (*Lex Burg.*, § 60.)

de la translation de la propriété féodale, il faut comprendre la hiérarchie féodale elle-même et en examiner la raison d'être ; c'est ce que nous allons faire tout d'abord.

97. — La chute de l'empire de Charlemagne et l'épouvantable bouleversement qui en fut la conséquence furent la première cause de la féodalité. Le chef unique de l'Occident fut remplacé par une multitude de petits souverains dont l'unique souci fut de se défendre et de défendre leurs tenanciers contre les attaques et les brigandages des étrangers et de leurs voisins; ces calamités mêmes suscitèrent une forte génération militaire et, comme le dit M. Taine (1), « la société de ce temps est une gendarmerie à demeure où, de père en fils, on est gendarme. Chacun y naît avec son grade héréditaire, son poste local, sa solde en biens fonds, avec la certitude de n'être jamais abandonné par son chef et l'obligation de se faire tuer pour lui (2)... Grâce à ces braves, le paysan (*villanus*) est à l'abri ; on ne le tuera plus, on ne l'emménera plus captif avec sa famille, par troupeaux, la fourche au cou. Il ose labourer, semer, espérer en sa récolte ; en cas de danger, il sait qu'il trouvera un asile sûr pour lui, pour ses grains et pour ses bestiaux dans l'enclos de palissades au pied de la forteresse. Par degrés, entre le chef militaire du donjon et les anciens colons de la campagne ouverte, la nécessité établit un contrat tacite qui devient une coutume respectée. Ils travaillent pour lui, cultivent ses terres, font ses charrois, lui paient des redevances, tant par maison, tant par tête de bétail, tant pour hériter ou vendre ; il faut bien qu'il nourrisse sa

(1) Taine, *Orig. de la France contemp. Anc. régime*, p. 9 et s.

(2) « En ce temps-là, dit la chronique générale d'Espagne, les rois, comtes, nobles et tous les chevaliers, afin d'être prêts à toute heure, tenaient leurs chevaux dans la salle où ils couchaient avec leurs femmes. »

troupe. Mais, ces droits acquittés, il a tort si, par orgueil ou avidité, il leur prend quelque chose de plus. Quant aux vagabonds, aux misérables qui, dans le désordre et la dévastation universelle, viennent se réfugier sous sa garde, leur condition est plus dure. La terre est à lui, puisque sans lui elle serait inhabitable ; s'il leur en accorde une parcelle, s'il leur permet seulement d'y camper, s'il leur donne du travail ou des semailles, c'est aux conditions qu'il édicte ; ils seront ses serfs, ses mainmortables ; quelque part qu'ils aillent, il aura le droit de les ressaisir, et ils seront de père en fils ses domestiques nés... A la fin, l'habitude, la nécessité, l'accommodation volontaire ou forcée font leur effet ; seigneurs, vilains, serfs et bourgeois, adaptés à leur condition, reliés par un intérêt commun, forment ensemble une société, un véritable corps».

98. — Par ce tableau fidèle, quoiqu'en raccourci, on peut juger du danger auquel pare le régime féodal et du service auquel il astreint : service du travail pour les vassaux, service du sang pour les suzerains. — Une autre cause d'extension de la féodalité fut la *recommandation*, la protection d'un maître demandée par les possesseurs d'alleux qui, menacés dans leur personne et leur propriété, venaient mettre l'une et l'autre sous la garde du seigneur, lequel, de son côté, s'engageait par serment à les défendre ; en second lieu, la transformation des bénéfices viagers en possessions héréditaires : voilà la double origine du *fief*.

99. — Le *fief* était la concession libre, gratuite, perpétuelle d'une chose immobilière ou réputée telle, avec translation du domaine utile et rétention du domaine direct à charge de fidélité et de secours (1). Le seigneur suzerain

(1) Le domaine utile était en fait l'équivalent du droit de propriété, restreint seulement dans quelques-uns de ses attributs ; il est même ordinairement désigné par les feudistes sous le nom de *propriété*, toutes

est maître de la terre dans son fief ; il a au moins la seigneurie directe ; il est le plus souverain des hommes qui l'habitent ; parmi ces hommes, il en est qui sont eux-mêmes possesseurs de fiefs et qui en font hommage à leur suzerain, ce qui forme une longue hiérarchie de vassaux et d'arrière-vassaux. Au sommet est le roi, dont, en fait, on ne respecte pas toujours l'autorité, mais qu'on n'en reconnaît pas moins comme seigneur des seigneurs féodaux et grand *fieffeux* du royaume. En résumé, comme le remarque Guizot (1), ce qui caractérise l'autorité féodale, c'est la réunion dans la même main du droit de souveraineté et du droit de propriété.

Au dessous des biens nobles, se trouvaient les biens roturiers, les villenages : « Nous appellons *villenages*, dit Beaumanoir (2), hiretage qui est tenu de seigneur, à cens à rentes ou à campart, car de chel qui est tenu en fief on ne doi rendre nule tele redevance ». On lui donna plus tard le nom de *censive*.

Enfin nous retrouvons, mais à un rang bien effacé, l'alleu de la période gallo-franque ; au nord de la France, ils ont disparu à peu près complètement ; tous ont été mis en l'obéissance du roi, des seigneurs ou des abbayes. « Nulle terre sans seigneur (3) » est l'axiome fameux des pays de droit coutumier. — Au midi de la Loire, en Languedoc surtout, la condition des alleux s'est maintenue ; il y a bien des fiefs, mais les prétentions féodales doivent être justifiées par celui qui les élève, et la présomption de cen-

les fois que ce droit n'était pas expressément opposé au domaine direct : « Dominium utile, quod etiam proprietatem vocant. » Dumoulin, *in Cons. Par.*, § 82, glose uniq., n° 8.

(1) Guizot, *Hist. de la civilis. en France*, t. III, 3e leçon.

(2) Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XIV, § 7.

(3) Loysel, *Instit. cout.*, liv. II, tit. II, § 1.

sive n'existe pas en sa faveur. « Nul seigneur sans titre, » disent les pays de droit écrit.

100. — Il y avait donc dans le royaume trois *tenures* principales, ou manières de posséder ou de détenir un héritage : la tenure par hommage, possession féodale pour laquelle le vassal était obligé au service militaire ou à d'autres devoirs envers le seigneur dont il relevait ; — la tenure à cens, censive ou vilenage, qui était roturière ; — la tenure en franche aumône ou en franc-alleu : « *Terra libera*, dit Jean Desmares (1), *hoc est talis terra de quâ nemini debetur servitium nec census, nec tenetur ab aliquo domino* ». Etudions séparément la transmission de chacun de ces domaines.

101. — I. *Fief.* — La transmision de la propriété est devenue autre chose qu'une affaire privée, elle intéresse l'ordre politique lui-même ; il ne fallait pas que le seigneur se trouvât *sans homme*, et il avait un intérêt considérable à être tenu au courant de toutes les mutations survenant dans les héritages soumis à sa directe. Aussi fallait-il pour chaque mutation de fief non seulement l'assentiment du suzerain à qui l'on ne devait pas donner un vassal indigne, mais encore l'investiture donnée par ce suzerain à son nouveau vassal, après que celui-ci lui avait juré foi et hommage. — Il y avait deux sortes d'hommages : l'hommage *simple*, promesse de défendre le seigneur, à raison de la concession féodale, mais avec permission de se substituer une personne pour le service du fief ; l'hommage *lige*, promesse de défendre le seigneur et de le servir en toutes choses, obligation réelle qui ne pouvait cesser que par l'abandon du fief ; nous ne parlerons que de ce dernier, de beaucoup le plus important. — Pour l'hommage lige, le vassal se présente devant son suzerain la tête nue, sans

(1) Jean Desmares, *Décisions*, 17 et 371.

éperons, épée ni baudrier, se met à genoux et, les mains jointes entre les siennes, s'exprime ainsi : « Sire, je vous requiex comme à mon saigneur que vous me mettes en vostre foy et en vostre hommage de tele chose assise en vostre fié que j'ay achetée » ; puis il lui expliquait comment il était devenu vassal par achat, échange, etc., et continuait : « Sire, je devien vostre home et vous promet féauté d'orénavant comme à mon seigneur envers tous hommes (qui puissent vivre ne mourir), en tele redevance come li fié la porte en fesant vers vous votre rapchat come vers saigneur ». Et le seigneur répondait : « Et je vous reçoi et preing à homs et vous en bèse en nom de foy et sauf mon droit et l'autruy ». Et il embrassait le vassal sur la bouche (1).

Les roturiers investis d'un fief juraient mais n'embrassaient pas. — En échange de l'hommage, l'investiture était ensuite donnée par le suzerain avec les solennités symboliques que nous avons vues déjà en usage : le bâton, la terre, le gazon, la paille, la lance; le couteau, l'anneau ; pour les biens ecclésiastiques, l'encrier, la plume, le parchemin, la corde du beffroi, et bien d'autres encore, car Ducange énumère quatre-vingt dix huit modes d'investiture, sauf erreur ou omission (2). Toutes ces coutumes nous sont décrites par les feudistes avec un soin minutieux (3), et tous les écrivains du temps y font plus ou moins allusion (4). — Le seigneur ne pouvait recevoir l'hom-

(1) *Etablissements de St-Louis,* liv. II, 18. — V. aussi Michelet, *op cit.* — *Gr. cout.*, l. II, ch. 21, p. 204.

(2) Ducange, v° *Investitura.*

(3) V. Loysel, *op. cit.*, liv. IV, tit. III, et une ordonnance du roi Jean (5 avril 1350) ; *Ord. des rois de Fr.*, t. II, p. 400. V. aussi *Grand coutumier*, ch. XXXV, de la saisine en fief, p. 273.

(4) D'après le *Roman de Rou et des ducs de Normandie* (composé par

mage de ses vassaux qu'après avoir fait lui-même hommage à son suzerain.

En cas de vente d'un fief, le cinquième du prix de vente revenait au seigneur souverain ; c'était ce qu'on appelait le droit de *quint* (1) ; celui-ci avait en outre le droit, quand le fief avait été aliéné à titre onéreux, d'exercer le *retrait féodal,* c'est-à-dire, de reprendre le fief en remboursant à l'acquéreur le prix de vente, et de réunir ainsi le domaine utile au domaine direct.

102. — II. *Censive*. — La propriété censuelle naquit des affranchissements de serfs qui commencèrent à l'époque des croisades ; les gens de *poeste* achetèrent leur liberté par des redevance périodiques ; ce fut là l'origine du bail à cens. Comme les fiefs les censives sont héréditaires ; le domaine utile appartient au concessionnaire, le domaine direct au seigneur. — Ici la propriété se transfère, non par l'investiture accompagnée d'hommage, mais par le *vest* ou

Robert Wace, poète du XII^e^ siècle), c'est par une touffe de gazon que Guillaume le Conquérant prit possession de l'Angleterre.

« Quand li dus primes fors issi,
Sor sez dous palmes fors chaï ;
Sempres i ont levé grant cri
E distrent tuit mal signe est cy :
E il lor a en haut crié :
« Seignors, par la resplendor Dé
La terre ay à dous mains saizie.
Sans chalenge mais mest guerpir,
Tote est nostre quant qu'il y a ;
Or verrai qui hardy sera. »

Donc courut un hom au terrein,
Sor un bordel tendi sa main,
Plein peing prist de la coverture,
El duc torna à grand aleure :
« Sire, dit-il, avant venez,
Ceste saisine recevez,
De ceste terre vos saisis,
Vostre est sains dote li païs. »
E li dus respont : « Jo l'otrei,
E Dex y seit ensemle od mei. »

(*Roman de Rou*, vers 711 et s.)

(1) *Grand cout.*, l. II, ch. XXV, de la saisine en fief, p. 273.

l'*ensaisinement* qui s'accomplit d'une manière à peu près analogue. Voici du reste la description d'un ensaisinement tiré d'une très ancienne coutume d'Artois, et qui, sauf des variantes dans les formes, était toujours au fond assez exacte pour les autres pays : « Et convient le vendeur rapporter tout l'hiritaige par raim (*rameau*) ou par baston, en le main dou seigneur pour adhériter l'achateur. Le rapport fait en ceste manière, li sir doit conjurer ses hommes s'ils en ont tant fait qu'il n'i ait mais droit, demander leur doit qu'il en a à faire, et ils doivent dire par jugement que li sire en adhérité l'acateur, Li sire le doit tantôt adhireter, mais avant demander au vendeur se il se tient por païée et lui seur de sa droiture, puis saisir l'achateur en disant : Je vous en saisi sauf tous droits, en lui mettant le baston en main comme ceste figure le monstre (1). Et en ceste manière convient-il faire de toute censive par les rentiers qui à payier l'ont (2) ». — Si le seigneur ne voulait pas accepter la vente, il avait, au moins d'après quelques coutumes, le droit d'exercer le *retrait* censuel, image du retrait féodal.

A l'image du fief, la censive était aussi grevée de droits divers : ainsi, en cas de vente, l'acquéreur devait, au lieu du droit de *quint*, le droit de *lods et ventes* (3). Il pouvait

(1) La figure qui se trouve au manuscrit représente le juge assis sur son siège et tenant en sa main droite un bâton dont l'acheteur à genoux devant lui tient de la main gauche l'autre bout. Derrière l'acheteur et en face du juge sont quatre hommes qui représentent sans doute le vendeur et les hommes ou jugeurs.

(2) Cité par Laboulaye, *op. cit.*, p. 139. — Nous trouvons aussi le *festu* pour l'aliénation des censives *Gr. cout.*, liv. II, ch. XXIII, de la saisine en censive, p. 264.

(3) Los si est une chose que l'on doit à seignor quant aucun vant sa terre. Et est appelez *los* de loer ; quar la vente n'est pas parfaite devant que li sires l'ait loée ; et si los si monte li quint denier. (*Livre de Jostice et de Plet*, XII, 13, § 1. Ducange, *Gloss.*, v° *Venda.*

aussi être stipulé lors de la concession d'autres redevances accessoires; les plus usitées comme redevances territoriales étaient au XIIIe siècle : les rentes, le cens et le champart ; le cens et les rentes se payaient en nature, quelquefois en argent (1); le sujet ne pouvait s'affranchir du cens qu'en déguerpissant l'héritage. Le champart (*pars campi*) était le droit qu'avait le seigneur de prélever une partie des produits d'un champ ; il se payait toujours en nature.

103. — En résumé, la transmission de la censive, comme celle du fief, ne pouvait s'opérer que par l'intermédiaire du seigneur ; il s'agissait en effet moins d'une propriété véritable que d'une jouissance tenue en sa grâce, jouissance viagère à l'origine et devenue avec le temps héréditaire et aliénable. — Cette nécessité de recourir au seigneur à chaque mutation a été la source d'une double coutume qui a laissé dans notre droit des traces profondes : 1° Profits à payer au seigneur comme prix de la permission par lui donnée de cultiver sa terre ; c'est l'origine de nos droits de mutation, droits qui, aujourd'hui, n'ont plus d'autre raison d'être que comme source aussi inique que productive de revenus pour le fisc ; 2° Formalité de l'ensaisinement qui donnera plus tard l'idée de la transcription. — Sur beaucoup de points de la France, en effet, l'investiture et l'ensaisinement étaient mentionnés sur un registre public ouvert à toute personne intéressée. « *Et solebant olim* , dit Dumoulin (2), *hujusmodi investituræ publiciæ fieri... vel in libro, vel cartophylacio ad hoc destinato conscribebantur investituræ, et sic inerat quædam solemnis publicatio.* »Cette publicité, il est vrai, était autant dans l'intérêt du seigneur que dans

(1) Beaumanoir, *Cout. de Beauv.*, XXIV, 19; XXVII, 17.
(2) Dumoulin, *In. cons. Par.*, tit. I; § 1, glose 1, n° 30.

l'intérêt des tiers ; mais enfin elle existait et c'était déjà un progrès immense.

104. — III. *Alleu*. — Pour la transmission de l'alleu, l'intervention du seigneur n'est pas nécessaire, car « tenir en franc-alleu, si est tenir terre de Dieu tant seulement ; et ne doivent cens, rentes ne debtes, ne servage, relief ne nulle quelconque redevance à vie n'a mort, mais les tiennent les tenans franchement de Dieu (1) ». L'acquisition d'un alleu s'opérait seulement en présence des parties, sans l'intervention d'aucun pouvoir étranger, à l'aide de formalités symboliques qui n'étaient que la continuation de celles usitées à l'époque franque ; souvent aussi cette transmission avait lieu en présence des magistrats de la cité (2). Du reste, dès le XIII^e^ siècle, les alleux disparaissent à peu près totalement dans le nord de la France. « Nus, dit Beaumanoir, selonc nostre coustume ne puet tenir des aluex (3) ». Les établissements de saint Louis reproduisent la même maxime.

105. — En résumé, dans les fiefs et dans les censives, le vassal et le censitaire n'ont sur la terre concédée qu'un domaine utile ; le domaine direct qui reste au seigneur rappelle en ses mains, par la nature des choses, le droit qu'il a octroyé, lorsque le lien qui constitue le droit vient à être brisé. Le vassal vend-il le fief, le censitaire aliène-t-il la censive, il rapporte au seigneur la terre qu'il tient de lui et le prie d'en investir son acquéreur ; c'est du seigneur et non du vendeur lui-même que celui-ci doit tenir son titre. Pour les alleux, terre libre par excellence, c'est le vendeur

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. 84.

(2) D'après le droit français d'Orient, la transmission de l'alleu avait aussi lieu devant le seigneur présidant la cour des bourgeois (*Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, part. II, ch. 22).

(3) Beaumanoir, *Cout de Beauv.*, ch. 24 ; § 5, *Etablissements de St-Louis*, liv. II, ch. 18.

qui investit directement l'acheteur. — Dans tous ces cas d'ailleurs, remarquons-le bien, la tradition seule transfère à l'acquéreur le domaine utile du fief ou de la censive ; l'investiture crée simplement le lien féodal (1).

106. — Après avoir examiné les formes translatives du droit féodal, étudions les effets de cette translation elle-même. — On pourrait les résumer à peu près complètement dans l'histoire et l'explication d'un terme juridique qui a joué dans notre langue coutumière un rôle capital : la *saisine*, mot dont Brodeau disait « qu'il était primitif et originaire, non dérivé d'aucun autre et pur français (2) ». Le cadre restreint de cette étude m'interdit à ce sujet de longs détails, et il faudrait des volumes pour exposer dans toute son étendue une théorie qui, malgré les remarquables travaux qu'on lui a consacrés (3), n'est, j'ose le dire, pas encore complète et suffisamment satisfaisante ; quelques mots donc seulement sur cette notion si importante et si délicate du droit civil.

Saisine signifia originairement la simple appréhension d'une chose : « *Prehendere*, dit le jurisconsulte Cynus, *Galli* saisire *dicunt*, *sicut et possessionem* saisinam *vocant* (4) », puis la détention physique d'une chose, la possession légitime ou illégitime : « de quelque cose que je soie en saisine et que la saisine soit bonne ou malvèse (5) » ; enfin et plus

(1) Aubépin, *Orig. et progrès du dr. cout. sur la nature des ventes, échanges*, etc. *Rev. crit de législ.*, t. XIV, p. 491.

(2) Brodeau, *Cout. de Paris*, art. 82, n° 11 (t. I, p. 630).

(3) Klimrath, *de la saisine*, *Rev., de lég.* 1835, t. II, p. 335, et *Travaux sur l'hist. du dr. français*, t. II, p. 339; de Parieu, *Etude sur les actions possessoires ;* en Allemagne, Albrecht, *Die Gewere* (de lasaisine), et, nouvellement, Heusler, *Die Gewere* (1872).

(4) Cynus, *ad leg.* 3 D. *de cond. ob caus. dati.*

(5) Beaumanoir, *Cout. de Beauv.*, ch. XXXII, § 23. — V. aussi § 27 et ch. XLIV, § 51.

ordinairement la possession juridique, c'est-à dire la possession de fait qui, sans être absolument légitime, sans correspondre nécessairement au droit de propriété, obtenait du droit une protection spéciale en raison du temps pendant lequel elle avait duré. Le droit coutumier admettait en effet que la durée de la possession pendant un an et un jour lui communiquait une très forte présomption de légitimité. Cette possession d'an et jour est très ancienne, et sans prétendre, comme le fait M. Laferrière (1), la faire remonter au droit celtique, ni affirmer avec Klimrath qu'elle était comnue chez les Germains et les Francs à l'époque de l'invasion (2), on en trouve des traces sous les Carlovingiens (3) et, aux XI^e^ et XII^e^ siècles, une foule d'actes et de monuments ont à ce sujet des dispositions formelles (4) que viennent compléter les textes non moins précis des Assises de Jérusalem : « Se home, dit l'assise des bourgeois, achète un héritage d'un autre home ou d'une feme, et il avient qu'il le puisse tenir *un an et un jour* sans chalonge, le droit et la raison comande que il ne le peut plus perdre par nule home ni par nule feme qui d'uage soit (5) ». Les Assises emploient même à diverses reprises le mot de *saisine* (6), soit dans le sens de possession d'an et jour, soit de simple possession de fait. Cette possession d'an et jour n'était d'ailleurs nécessaire que pour la censive et l'alleu ;

(1) Laferrière, *Hist du dr. fr.*, t. II, p. 123.

(2) Klimrath, *Travaux sur l'hist. du droit français*, t. I, p. 339.

(3) Baluze, *Capit. reg. franc.*, t. II, p. 335, § 17.

(4) Ancien droit de Soest, § 34 (cité par Giraud, *Essai sur l'hist. du dr. fr.*, t. I, preuves, p. 34); Chartes de Chaumont, art. 10; de Pontoise, art. 11; de St-Quentin, art. 7; de Noyon, art. 3; de Roye, art. 3 (*Ordonn. des rois de Fr.*, t. XI).

(5) *Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, part. I, ch. XXXI. — Pierre de Fontaine appelle ce délai *an* de droite terme (Coust., ch. XVII, § 11).

(6) *Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, *passim*.

en matière de fief, la nécessité de l'hommage et de l'investiture rend inutile et exclut même toute possession complémentaire.

107. — Les coutumiers du XIII^e^ siècle développent davantage la théorie de la saisine; on distingue alors diverses espèces de saisine : il y a d'abord la *saisine de fait*, dont nous venons de parler, et qui, prolongée pendant l'an et jour, prend le nom de *vraie saisine*. « Nos apelons veraie sezine, dit le livre de *Jostice et de Plet* (1), quant aucun remain sési an et jor, comme sires, et por jostice à la veue et à la seue de celuy qui demander puet, et ne veut demander et se test. » Cette vraie saisine, qui donnait d'ailleurs tous les avantages de la possession, était nettement distinguée du droit de propriété (2). — Il y a en second lieu la saisine que les commentateurs modernes du droit coutumier ont appelée *saisine de droit*, mais que les monuments de l'époque appellent simplement *saisine*, quelquefois *propriété*, *seigneurie*, *droiture* (3). Tandis que les deux autres dépendent de la détention effective de la chose par le possesseur, celle-ci est indépendante de toute possession effective. C'est le droit de se mettre en possession, droit distinct de la propriété, mais indissolublement lié avec elle. « Par l'adhéritence (l'investiture), dit la coutume de Liège (4), ne s'acquiert pas seulement le domaine du bien transporté, mais aussi la puissance d'en prendre possession d'autorité privée. » C'est cette faculté de prendre possession qui constitue la saisine de droit. Celui qui avait cette saisine pouvait, en y joignant la saisine de fait, c'est-à-dire en prenant pos-

(1) *Livre de Jostice et de Plet*, tit v, 3, § 4.

(2) Beaumanoir, *op. cit.*, ch. VI, § 4, XXXII, § 6. — Klimrath semble avoir confondu la vraie saisine et la propriété.

(3) *Livre de Jost. et de Plet*, liv. XVII, ch. 3; Etabl. liv. I^er^, ch. 154.

(4) *Cout. de Liège*, ch. VI, art. 8.

session effective de la chose cédée, acquérir instantanément la vraie saisine qu'il n'eût acquise sans cela qu'au bout de l'an et jour. La vraie saisine résultait alors de la réunion de la saisine de fait à la saisine de droit (1).

Toutes les causes translatives de la propriété étaient donc en même temps translatives de la saisine de droit, et celle-ci passait à l'acquéreur en même temps que la propriété par l'accomplissement de l'acte de transmission.

En résumé, supposons une vente conclue ; le contrat ne transférera pas la propriété ; en cas de simple tradition, l'acheteur n'aura que la saisine de fait et n'obtiendra une possession incommutable qu'au bout d'un an et un jour (2). Si, au contraire, il y a eu ensaisinement régulier, tradition symbolique sans prise de possession réelle, l'acquéreur aura la saisine de droit et encore la vraie saisine au bout de l'an et jour. Dans ces deux cas, le droit ainsi conféré à l'acheteur n'engage point les droits des tiers ni ne les forclôt, dans le cas notamment où la chose vendue n'appartenait pas au vendeur (3) ; entre deux saisines attribuées sur une même chose, la première en date l'emporte (4). Enfin, s'il y a eu, à la suite de l'ensaisinement, prise de possession effective, l'acheteur a immédiatement la vraie saisine, sans possession supplémentaire d'an et jour (5).

(1) Le même principe existait encore du temps du Grand coutumier : « Et à lui (l'acquéreur) est nécessaire cette appréhension de fait, avant qu'il ne puisse dire avoir entière saisine. » *Gr. cout.*, liv. II, ch. 19.

(2) Jusqu'à l'accomplissement de l'investiture, il n'avait, s'il se mettait en possession de la chose, que ce que Bouteiller appelle une *saisine vide* (*Somme rur.*, liv. I, ch. 67).

(3) Beaumanoir, *op. cit.*, ch. 20.

(4) Beaumanoir, *op. cit.*, ch. 34.

(5) Le contraire a été enseigné par Klimrath, de la saisine (*cit. sup.*); mais nous n'avons pas trouvé à ce système de preuve concluante, et tous les anciens coutumiers du XIII[e] au XV[e] siècle semblent au contraire ad-

108. — Ainsi, le mot *saisine* exprimait tantôt un état de fait qui ne pouvait être produit que par une prise de possession effective (saisine de fait, vraie saisine), tantôt un état de droit que pouvait créer un simple acte de la volonté, révélé extérieurement par l'accomplissement des formes de l'acte translatif (saisine de droit). On pouvait donc dire d'une façon à peu près exacte que la saisine, en général, s'acquérait, tantôt par une tradition corporelle, tantôt par une tradition purement symbolique ; nous verrons que cette idée, juste en elle-même, fut la cause première de la confusion, au premier abord inexplicable, entre la tradition romaine et la tradition germanique.

CHAPITRE III.

PÉRIODE COUTUMIÈRE.

109. — Les principes que nous venons d'exposer se maintinrent tant que la féodalité elle-même conserva son caractère de nécessité et de souveraineté; mais quand de militaire elle fut devenue civile, quand la souveraineté royale, d'honorifique qu'elle était, fut effective, et que l'affranchissement des communes eut créé le tiers état, une révolution analogue se produisit dans le droit privé. Les liens de suzeraineté et de vasselage se relâchèrent peu à peu, l'organisation féodale de la propriété perdit sa raison d'être politique, en même temps que la hiérarchie des

mettre l'acquéreur comme possesseur et propriétaire incommutable après l'ensaisinement suivi de prise de possession. *Gr cout.*, liv. II, ch. 21 ; Beaumanoir, *passim*.

personnes se modifia. Cette révolution, qui commence vers le milieu du XII^e^ siècle, est à peu près achevée au commencement du XV^e^. A cette époque le droit romain a reparu, et depuis longtemps déjà il est l'objet d'une étude ardente, surtout dans le Midi. Alors se produit un double mouvement : l'influence germanique s'efface au centre alors qu'elle se précise et s'affermit au Nord, et tandis que la plupart des coutumes du centre et du midi de la France cherchent à s'affranchir le plus possible des entraves du droit féodal, les pays du Nord gardent toutes ces formalités dont elles apprécient les côtés utiles et pratiques. De là une division en pays de nantissement ou d'ensaisinement, et pays de droit commun.

I. — *Pays de nantissement.*

110. — Les pays de nantissement étaient le Vermandois, la Picardie, l'Artois, la Flandre, le Hainault et le Cambrésis. Soit que les traditions germaniques et féodales y fussent demeurées plus vivaces, soit que l'ensaisinement y eût été organisé de manière à servir à une transmission plus régulière de la propriété, cette transmission resta assujettie à des solennités traditionnelles qui portaient des dénominations très diverses. Les unes exprimaient vivement la chose : *dessaisine-saisine*, *vest et dévest*, *deshéritance adhéritance ;* les autres sont moins significatives : *mainmise*, *mise de fait*, *devoir de loi*, *nantissement*. Cette dernière expression fut la plus commune et a fait donner son nom aux coutumes qui admettaient l'ensaisinement régulier.

111. — Sous des noms divers, c'était partout la même chose. La formalité consistait en deux actes différents :

l'un par lequel celui qui voulait transmettre la propriété s'en dépouillait ; l'autre par lequel l'acquéreur en était investi ; le seigneur jouait le rôle d'intermédiaire, la propriété lui était fictivement rendue pour qu'il en investît le nouvel acquéreur (1).

Voilà un fond partout semblable : les détails varient. En Artois, en Flandre, en Hainault, en Cambrésis, le nantissement s'accomplissait pour les fiefs dans la cour féodale du seigneur, c'est-à-dire en présence des pairs de fiefs, feudataires tenant quelque domaine dans la même mouvance (2). Cette juridiction de la cour des pairs avait même été appliquée à la censive, qui dans ce pays prenait le nom de *cotterie*, et l'opération se faisait dans la *cour cottière*, en présence des autres censitaires du seigneur, appelés *pairs cottiers* (3). Le symbolisme des anciennes traditions s'est aussi maintenu : « Et se fait communément ladite vesture par tradition d'un petit bâton ou bûchette ». Nous trouvons aussi le raim (rameau) et le bâton (4).

112. — L'acte translatif doit toujours, en ce qui concerne les fiefs, être accompagné de l'acte de foy et hommage qui en forme le complément. Mais la réception en foy et hommage ne peut suppléer à l'accomplissement de la dessaisine-saisine par-devant le seigneur (5). A l'origine, l'investiture et l'acte de foy et hommage étaient nettement distingués (6). Cette distinction, maintenue par quelques

(1) Guyot, *Anc. répertoire*, v° *Devoirs*, p. 591.

(2) Artois, *Anc. cout.*, art. 46 ; Ponthieu, art. 22.

(3) Artois. *Nouv. cout.*, art. 71 ; Lille, tit. x, art. 3 ; Hainaut, *Nouv. cout.*, ch. XCIV, art 3 ; Liège, ch. VI, art. 1 ; Cambrésis, tit. v, art. 1 ; Amiens, art. 137.

(4) Vermandois, 126 ; Péronne, *Anc. cout.*, ch. VII ; Hathies 8.

(5) Péronne, *De faire hommage au seigneur*.

(6) *Livre des fiefs*, lib. II, tit. II, pr., et tit. VII, § 1.

coutumes (1), ne tarda pas à s'effacer, et d'autres coutumes en grand nombre mentionnent la *saisine* et la *foy* comme un seule et même acte qui suffit à transférer la propriété (2). Ceci nous explique commeùt la plupart des coutumes des pays de nantissement ne font mention de l'acte de dessaisine-saisine qu'à l'égard des héritages tenus en roture, quoique la saisine seigneuriale existât toujours à l'égard des fiefs.

113. — Aussi longtemps que le cédant ne s'était pas dessaisi entre les mains du seigneur, il restait propriétaire de la chose vendue, même après la tradition, et la transmission de propriété n'avait pas lieu, quand même l'intention de transmettre aurait été expresse (3). Comme conséquence, si la même chose avait été aliénée successivement à deux personnes, celui des deux acquéreurs investi par le seigneur était réputé propriétaire, alors même que la chose avait été une première fois aliénée par le cédant et que le premier acquéreur en avait pris possession (4).

114. — A défaut de ces formalités, le contrat était-il nul ? Certains textes semblent l'admettre ; cependant la jurisprudence et la doctrine avaient établi le principe que le contrat n'en était pas moins valable comme constitutif d'obligation entre les parties ; la condition d'ensaisinement ne concernait donc que les transmissions de propriété. Ainsi, soit à l'égard des parties, soit à l'égard des tiers, la propriété n'était pas transférée, mais l'acheteur avait une action pour contraindre le vendeur à lui faire tradition solennelle de la chose : « Celluy qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par devers lui, ne n'en fait vest à l'acheteur,

(1) Cassel, 33 ; Châtellenie d'Ypres, CCXL, 1.

(2) Reims, 136 et 162 ; Laon, *Anc. cout.*, 3e partie, 37 ; Vallois, 27 ; Sedan, 73.

(3) Amiens, *Anc. cout.*, art. 12 ; Saint-Pol, art. 33.

(4) Laon, 2e partie, art. 9 ; Reims, art. 166 ; Vermandois, art. 128.

sçachez qu'il est encore sires de la chose ; mais toutefois il peut être contraint à faire le werp (ensaisinement) et adhéritement de la chose, si ce est tenure (1) ». Plus tard on admit que c'était seulement par rapport aux tiers que le nantissement était nécessaire pour transférer la propriété à l'acquéreur, si celui-ci s'était déjà mis en possession de l'immeuble. C'est en ce sens que se prononcent l'ancien répertoire de Guyot (2) et Dumoulin sur l'art. 119 de la coutume de Vermandois. — Quand le nantissement fait défaut, il n'est suppléé que par la prescription décennale : « Jouissance de dix ans équipolle à tradition et vesture (3) ».

115. — Le nantissement, quelle que fût sa forme, avait pour objet, dit un placard de Charles-Quint du 10 février 1558, « en établissant l'impossibilité d'aliéner ou de charger aucun héritage sans le secours du nantissement, de prévenir les fraudes et les stellionats ». Pour cela les *devoirs de loi* devaient contenir la déclaration exacte de chaque partie d'héritage vendue, en spécifier l'étendue et les limites (4), et être transcrit, avec toutes les clauses accessoires, sur un registre tenu par les officiers des justices

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, ch. 67.

(2) Guyot, *Anc. rép.* v° *Nantissement*, § 1, n° 4. « Quoique l'acquéreur qui n'a ni pris saisine ni possédé pendant le temps requis pour y suppléer ne soit pas réputé propriétaire du bien qu'il possède de fait, il ne laisse pas de jouir, à certains égards, des effets d'une propriété véritable, et l'on peut dire en général que ses droits sont les mêmes, dans tous les cas où il n'y a pas de tiers intéressés, que s'il avait rempli la formalité du nantissement. »

(3) Laon (*Anc. cout.*), ch. II, art. 8, 9, 10, 11. — Péronne, chapitre : Comment l'on ne peut jouir de son héritage jusqu'à mettre la main au baston par dessaisine.

(4) Lorsque l'aliénation embrassait tous les biens du vendeur, on se contentait, au lieu d'une spécification détaillée, d'une déclaration des confins dans l'acte de dessaisine.

seigneuriales : « Les ensaisinements, dit Brillon, doivent être écrits sur un registre en bonne forme, et le registre doit être communiqué indifféremment à tout le monde (1). » Ce fut là le germe de la transcription moderne. Les avantages de ce système étaient si évidents qu'il fût conservé dans les coutumes mêmes où la participation du seigneur aux actes translatifs avait été déclarée inutile, et introduit dans quelques autres où la simple tradition suffisait auparavant : « pour plus grande sûreté d'un chacun », dit la coutume d'Alost (2). On en arriva même à considérer cette publicité non plus comme la conséquence facultative, mais comme la cause de la transmission, et on disait, dans quelques coutumes au moins, que la transcription était requise à peine de nullité ; nous avons vu en quel sens il fallait entendre cette disposition.

Dans quelques pays, l'alleu même était assujetti, quant à sa transmission, aux formalités et à la publicité du nantissement. Dans le Hainaut, par exemple, la transmission avait lieu devant deux propriétaires d'alleux, deux francs alléotiers, au lieu de se faire devant les seigneurs (3). En général, cependant, on n'appliquait le devoir de loi qu'aux terres féodales : « En franc-alleu, dit la coutume de Péronne (4), n'y a dessaisine ni saisine ; mais suffit, ajoute celle de Vermandois (5), l'apprehension ou possession réelle, ou toute équipollente à icelle ».

(1) Brillon, *Dict. des arrêts*, v° *Ensaisinement*. Un arrêt de règlement du Parlement de Paris, du 29 novembre 1599, rendu sous la coutume de Vermandois, enjoignit aux juges et greffiers de faire un registre pour insérer ces nantissements par ordre, et leur défendit de laisser les actes en feuilles, à peine de dommages-intérêts.

(2) Alost, rubr. XII, art 1.

(3) Hainaut, *Nouv. cont.*, ch. 106.

(4) Péronne, art. 267.

(5) Vermandois, art. 133.

116. — L'idée de crédit et de publicité était bien nettement dévelopée au XVII[e] siècle. En 1673, un placard de l'archiduc d'Autriche, applicable à la Flandre, prescrit : « Que la vente des biens et toutes aliénations de biens immeubles n'auront d'effet et de réalisation au préjudice des personnes tierces, si lesdites ventes ou toutes autres aliénations ne sont notifiées et enregistrées au premier livre et registre des juges où tels biens sont situés et ressortissants (1) ». — Ainsi, comme le dit Troplong (2), de la publicité créée à peu près uniquement dans l'intérêt du seigneur, on arriva à une publicité assurant la sécurité des tiers ; « on donna à la propriété des registres civils ». Voilà ce qui, en dépit du courant contraire qui s'accentuait tous les jours, fit subsister dans le nord de la France cette coutume jusqu'à la révolution. L'ensaisinement avait du reste été maintenu par une série d'édits à l'égard des fiefs et des censives mouvant du domaine royal (3). L'édit de 1771 l'abrogea en y substituant d'autres formes, mais pour la constitution des hypothèques seulement (4) ; outre que cet édit ne fut pas enregistré partout (en Flandre et en Artois notamment) (5), il ne changea point l'ancien droit pour les mutations de propriété.

II. — *Coutumes de Bretagne et de Normandie.*

117. — Dans d'autres coutumes, tout en abandonnant le principe de la saisine seigneuriale, on avait senti le be-

(1) Cité par Merlin, *Répert.*, v° *Nantissement.*

(2) Troplong, *Transcript. historique*, p. 25.

(3) Edits d'août 1669, mars 1673, avril 1685, décembre 1689, mai 1710.

(4) Art. 33.

(5) Merlin, *Répert*,. v° *Nantissement.*

soin d'un système de publicité. En Bretagne, notamment, nous trouvons ce qu'on a appelé l'*appropriance*. D'après d'Argentré (1), pour que l'acquéreur d'un immeuble obtînt la consolidation de son acquisition à l'égard de tous les intéressés et ayants droit, il fallait : 1° qu'il eût acquis par titre habile à transférer le droit ; 2° qu'il eût acquis de qui était saisi et actuel possesseur depuis l'an et jour ; 3° qu'il eût lui-même pris possession actuelle et effective de la chose en vertu de son titre ; 4° qu'après la prise de possession, « *bannie* (publication) en soit faite par la Cour de celui à qui appartient la juridiction, ou par Cour supérieure, par trois dimanches, de huitaine en huitaine, sans intervalle, incontinent après l'issue de la grand'messe paroissiale, en la congrégation du peuple, à haute et intelligible voix, aux lieux accoutumés (2) ; 5° que l'acquéreur eût fait rapporter et certifier les dites bannies aux prochains plaids généraux du juge du lieu ou du juge supérieur.

Après la certification dûment faite, l'acquéreur était approprié au préjudice de tous les ayants droit, même mineurs, excepté de ceux qui auraient été en ce temps hors du duché, pour qui l'appropriance ne s'opérait que par la possession d'an et jour, à partir de cette certification (3). L'appropriance, on le voit, différait du nantissement, surtout en ce que celui-ci était un élément jusqu'à un certain point essentiel à la vente, tandis que celle-là n'était qu'une procédure postérieure ; du reste elle produisait, à certains égard, des effets plus complets, puisqu'elle avait force de

(1) D'Argentré, *Cout. de Bretagne ; ad* rubric. des Appropriances par bannies et prescriptions, et des Appropriances, Préface, n° 1 à 4.

(2) *Anc. cout.*, art. 267 ; comp. *Nouv. cout.*, art. 269 et suiv., et la très ancienne *coustume de Bretaigne*, 2e partie, art. 40, 41, 45, 6e partie, art. 210.

(3) Bretagne, *Nouv. coutume*, art. 274.

prescription contre les droits réels qui ne s'étaient pas montrés. Mais, comme moyen de publicité, elle était inférieure au nantissement, en ce qu'elle ne laissait aucune trace durable, et qu'il fallait être de la paroisse pour avoir connaissance des bannies. — Une possession de dix ans était nécessaire pour suppléer le défaut de deux bannies; il fallait quinze ans si aucune bannie n'avait été faite (1).

118. — En Normandie, les mutations devaient aussi être rendues publiques, pour consolider l'acquisition. Cette publicité se donnait par la lecture du contrat à l'issue de la messe paroissiale ; mais la portée de cette formalité était infiniment plus restreinte, car elle n'avait d'autre résultat que de faire courir le retrait lignager (2).

III. — *Droit commun.*

119. — Les coutumes des pays de nantissement ont, tout en affaiblissant d'une manière sensible le principe de la saisine seigneuriale, maintenu ses conséquences essentielles. Dans le centre et le midi de la France, au contraire, on en arrive peu à peu au système de la tradition pure et simple et à la destruction des anciennes formalités féodales. Passons rapidement en revue les causes diverses qui amenèrent cette réaction au premier abord inexplicable, et voyons quels furent ses résultats.

120. — La disparition de l'investiture féodale eut pour cause première la réaction contre la féodalité elle-même. Un double mouvement se produisit contre elle : attaques par le haut de la part de la royauté, révolution par le bas produite par l'affranchissement des communes. Puis vint

(1) *Anc. coutume*, ch. 14, art. 268.
(2) Normandie, *Nouv. cout.*, art. 452, 455 ; Comté d'Eu, art. 174.

la vulgarisation en France du droit romain, coïncidant avec l'apparition des légistes ; ceux-ci, admis par Philippe le Bel à la cour et au parlement, ennemis intraitables des seigneurs qu'ils jalousaient, se mirent à la tête du mouvement anti-féodal. Alors seulement on commença à trouver gênantes les entraves mises à la libre circulation de la propriété, et l'on adopta d'enthousiasme, sans le comprendre complètement, le système romain de la tradition. De même que la féodalité vassale et financière a remplacé la féodalité militaire et indépendante, de même aussi l'on tend à remplacer la souveraineté du seigneur sur ses terres par un hommage de complaisance accompagné d'un droit fiscal.

C'est de Paris que part le mouvement. D'abord Paris appartient au roi de France ; puis le commerce y prend plus d'extension et il lui faut plus de liberté : « *Quo liberius esset rerum commercium, præsertim Parisiis* », dit Dumoulin ; aussi les formalités de l'ensaisinement y tombent vite en désuétude.

121. — Le système de translation de la propriété féodale se résumait dans ce principe que la saisine, et par suite le domaine lui-même, ne pouvait se déplacer qu'en passant par l'intermédiaire du seigneur. Tant que les tenures féodales conservèrent leur caractère de concession renouvelable à chaque changement de propriétaire, le maintien rigoureux de ce principe fut accepté ; dans la suite, les tenanciers devenant plus indépendants, on tendit à opérer la mutation du domaine utile du fief, comme celle de la propriété allodiale, directement entre le cédant et l'acquéreur. Celui-ci, aussitôt l'acte translatif, obtenait la saisine de droit qui lui permettait de se mettre en possession de fait et d'obtenir ainsi la vraie saisine, en vertu de la

maxime : « Appréhension de fait équipolle à saisine (1). »

122. — Il fallut cependant bien du temps et aussi bien des luttes pour en arriver là. Pendant le XIV^e^ et le commencement du XV^e^ siècle, la nécessité de l'investiture est incontestée. Le vendeur conserve la *vraie saisine* et possession de la chose vendue jusqu'à ce qu'il s'en soit dessaisi en la main du seigneur foncier du lieu ; la vente fût-elle écrite, il importerait peu : En vente de héritage, il fault vest et devest; les Coutumes notoires du Châtelet, Desmares, Bouteiller, le Grand coutumier sont unanimes sur ce point (2). Mais déjà on voit poindre quelques exceptions, par exemple dans la soixante-douzième coutume du Châtelet : « Aucun ne peut estre propriétaire se il n'est ensaisiné roalement et de fait par le seigneur d'icelle propriété ou par les gens dudit seigneur soubs qui elle est; et *vera est consuetudo, excepto in censu*, car par la condition des lettres la seigneurie de la censive s'acquiert sans être vestu par le seigneur (3) ». Le XV^e^ siècle développe ces tendances et enfin, au sein du parlement de Paris, prend naissance la fameuse maxime : *Ne prend saisine qui ne veut* (4); dès lors l'affranchissement des censives est consommé. Le Grand coutumier, après avoir décrit les formes, bien dégénérées, de l'ensaisinement, ajoute : « Si ainsi est que ledict vendeur veuille se faire ensaisiner, car par la coustume de la prévosté de Paris, il ne prend saisine qui ne veut, et adonc-

(1) Loysel, *Instit. cout.*, liv. V, tit. IV, § 6.

(2) *Coustumes notoires*, art. 72, 124, 145, 148 ; Desmares, *Décis.* 189, 207 ; Bouteiller, *Somme rur.*, liv. I, tit. XXII, 67, 72. — *Gr. cout.*, liv. II, ch. 25, 27.

(3) *Coustumes notoires*, art. 72.

(4) Toutesfois en accensement, selon la coutume, il n'est de nécessité de aller au seigneur pour avoir la saisine, *et sic non valet*, car il ne prent saisine qui ne veut (*Gr. cout.*, liv. II, ch. 19 ; Loysel, liv. V tit. IV, 5.

ques ledict seigneur ne reçoit que ses ventes (1) ». Cette règle, *il ne prend saisine qui ne veut*, avait été textuellement reproduite par un grand nombre de coutumes (2) ; d'autres l'expliquent et, pour ainsi dire, la commentent, en l'étendant même aux biens féodaux (3) ; mais, dans le plus grand nombre, l'abrogation du principe de la saisine seigneuriale résulte de l'absence seule des dispositions qui étaient destinées à en assurer l'observation. Quelques villes du Nord même, enclavées dans les pays de nantissement, admettent formellement le principe de la libre transmission et considèrent comme un privilège d'être affranchies de la saisine seigneuriale (4). Par contre, dans le centre, quelques coutumes isolées conservent encore l'investiture (5) ; une des exceptions les plus curieuses en ce genre est la coutume de Limoges (6). — Au seizième siècle enfin, la révolution est accomplie et Charondas, dans ses notes sur le Grand coutumier (7), se contente de dire à propos des anciens usages : « De la forme de saisine et dessaisine que Bouteiller et autres anciens praticiens appellent *vest* ou *advest* et *dévest* n'est besoing d'en traiter davantage que fait notre autheur, parce qu'elle n'est plus à présent en usage; les notaires par style mettant aux con-

(1) *Gr. cout.* liv. II, ch. 25 ; comp. ch. 19, 26, 27.

(2) Paris, *Nouv. cout.*, 82; Etampes, 173; Dourdan, 45; Auxerre, 84; Meaux, 199; Montargis, 49-53.

(3) Bourges (ville et septaine de), rubr. IV, 2, tit. XVIII, 2; Bourbonnais, *Nouv. cout.*, 315; Issoudun, titr. IV, 2; Sens, *Nouv. cout.*, art. 224 et 227.

(4) Calais, ch. XII, art. 228; St-Omer. 22; Douai (ville), ch. III, 2.

(5) Voy. par exemple, Clermont en Beauvoisis, 114.

(6) On y avait conservé l'investiture, malgré l'absence de biens féodaux et l'organisation toute spéciale de l'autorité consulaire. Il fallait d'abord prêter devant les consuls, serment pour certifier le véritable prix, puis venait l'investiture et les consuls dressaient un acte du tout. Art. 46, cité par Barny de Romanet, *Hist. du Limousin*.

(7) Liv. II, ch. 25.

trats la dessaisine que fait le vendeur et consentement d'ensaisiner l'acheteur par le seigneur ».

123. — A l'égard des fiefs, l'affranchissement de l'investiture fit plus de difficulté ; il y avait là une vieille règle de droit féodal : *Pas de saisine sans foy* (1), et l'on avait peine à admettre que le fief pût changer de mains et le vassal se substituer une autre personne sans que le seigneur eût donné son consentement à cette mutation. On trouva à cette rigueur un tempérament : l'acquéreur, sitôt l'aliénation consommée entre lui et le cédant, était censé saisi envers tous, excepté envers le seigneur, à l'égard duquel il n'était pleinement saisi que par l'acte de foy et hommage : « Et ne se peut dire aucun saisi d'un fief, en tant que touche le seigneur féodal, jusques à ce qu'il ait fait ses devoirs audit seigneur (2) ». — La règle : *Pas de saisine sans foy* ne se rapporte donc plus qu'à la saisine du vassal à l'égard de son seigneur. Cette règle avait même été effacée d'un grand nombre de coutumes, où, tout en retenant la formalité de la foi et de l'hommage, on ne donnait au seigneur, comme sanction de cette obligation, que le droit de saisie féodale, c'est-à-dire de saisie du fief avec jouissance des fruits, si le nouveau vassal n'avait pas accompli *ses devoirs* dans un délai fixé ; l'absence de ces formalités ne suspendait donc pas un seul instant la transmission de la propriété. — La coutume de Poitiers va encore plus loin et énonce d'une manière générale que le vassal est pleinement saisi, même à l'encontre de son seigneur, avant l'accomplissement de l'acte de foi et hommage : « Quant aucune chose est vendue ou par autre

(1) L'on ne peut acquérir vraye saisine en fief sans foy ou assentiment du seigneur. (Loysel, *op. cit.*, liv. V, tit. IV, 8.)

(2) Melun, *Nouv. cout.*, 23 ; V. aussi Clermont en Beauv., 50 ; Nantes, *Anc. cout.*, tit XXI, 22 ; Sens, *Anc. cout.*, 172.

juste contrat transportée, soit chose noble ou roturière, hommagée ou non hommagée, celui à qui elle est transportée en peut prendre possession, sans y appeler le seigneur duquel elle est tenue. Et supposé qu'il n'ait esté reçu en l'hommage, par tout ne laisse à posséder et prescrire (1) ».

124. — En résumé, soit pour les fiefs, soit pour les censives, l'acte translatif finit par se réduire à une simple déclaration opérant le déplacement de la propriété sous le consentement du seigneur et même malgré sa volonté, et cette déclaration, comme nous le verrons tout à l'heure, suffit pour obtenir saisine. — Les fiefs sont patrimoniaux ; on les aliène sans le consentement du seigneur, dont le droit est seulement protégé par l'exercice du retrait féodal ; mais, en général, l'acquéreur n'en a point le domaine tant qu'il n'est pas en foy, ou en souffrance qui vaut foy. — Pour les censives, aussi patrimoniales, le consentement du seigneur est remplacé par le droit de *lods et ventes*. Nous l'avons dit, la féodalité, de politique et chevaleresque, est, à partir du XVII^e^ siècle, devenue fiscale.

125. — Au milieu de ces diverses transformations, la possession d'an et jour a perdu de son autorité et fini par tomber dans une désuétude presque complète ; le développement de la civilisation lui a enlevé son utilité, et le contact du droit romain l'a rejetée dans la sphère purement possessoire. A peine en trouve-t-on encore quelques traces, soit dans des coutumes exceptionnelles, soit dans des hypothèses particulières. Dès le quinzième siècle, l'auteur du Grand coutumier (2) opposait déjà cette possession d'an et jour, ou vraie saisine, à la possession romaine : « Jaçoit ce

(1) Poitiers, *Nouv. cout.*, art. 29. — V. J. Boucheul, *Coutumier général du Poitou*, commentaire sur l'art. 29, nos 1, 10 et 12.

(2) *Gr. cout.*, ch. XIX.

que le droit de possession et saisine n'ayant point de différence expresse, toutefois par coutume ils ont telle différence que comme à juste cause et à injuste cause possession se peut acquérir par occuper seulement, mais s'acquiert momentairement ; et par icelle possession continuée *non vi, non clam, nec precario*, etc., la saisine est acquise par an et jour. Et pour ce, par la coutume saisine est réputée juste de soi, *propter temporis adminiculum*, mais possession, *non ; quia temporis adminiculum non requirit*... Et ainsi vous pouvez voir que saisine comprend et dénote possession, et naît saisine de possession, *et non a contrario* ». Et Dumoulin résume plus tard ce passage en disant : « *Veteres libri dicunt quod possessio est momento quæsita, sed saisina per* an et jour (1) ».

126. — Cette différence entre la saisine et la possession nous amène à expliquer comment se produisit peu à peu la complète assimilation de la tradition germanique et de la tradition romaine, si différentes à l'origine. La première, je l'ai déjà dit, était un acte symbolique déplaçant la propriété, mais non la possession ; la seconde, au contraire, assujettissait complètement au déplacement de la possession le transport de la propriété ; voilà le point de départ : une différence radicale. En comparant ces deux actes au point de vue du droit coutumier, l'acquéreur, dans la tradition romaine, recevait en même temps la *saisine de droit* (droit de prendre possession de la chose) et la *saisine de fait* (possession effective), et avait immédiatement une possession correspondant à la *vraie saisine* du droit coutumier ; dans la tradition symbolique, germaine ou féodale, il n'acquérait que la simple saisine de droit, et il lui fallait une prise de possession effective pour convertir ensuite cette saisine de droit en vraie saisine.

(1) Dumoulin, sur l'art. 94 de l'*Anc. cout.* de Paris, § 2.

Mais cette prise de possession, acte non solennel, pouvait s'accomplir par l'acquéreur où et quand il le voulait. Supposons donc, ou qu'elle ait été sous entendue dans l'usage, puisque le cédant n'avait pas à s'en occuper, ou même que les parties, par une clause expresse de l'acte de vente, la réputent accomplie ; la tradition symbolique, suffisant à elle seule, donnera la vraie saisine, comme la tradition réelle. C'est ce qui arriva ; la saisine de droit, pouvant être convertie *ad nutum* en vraie saisine par la prise de possession de l'acquéreur, fut assimilée peu à peu à la vraie saisine elle-même ; on ne s'occupa plus que de l'acte qui donnait le droit de se mettre en possession, sans s'inquiéter s'il y avait eu ou non mainmise de fait. Dès lors les deux traditions eurent les mêmes effets, et l'on s'explique très bien comment les jurisconsultes du moyen âge, ayant une fois confondu les idées de saisine et de possession, sont arrivés à assimiler la tradition réelle du droit romain et la tradition symbolique du droit féodal.

127. — Mais alors il fallait admettre que, en droit romain même, le déplacement de la possession pouvait résulter d'un acte purement symbolique ; comment concilier cette idée avec les principes rigoureux des glossateurs qui prenaient à la lettre le *corpus* romain et exigeaient une prise de possession réelle ? On divisa alors les traditions en deux catégories, les traditions réelles et les traditions feintes. L'acquisition de la possession, disaient-ils, doit, en principe, avoir lieu *animo et corpore,* mais ce *corpus*, cette appréhension matérielle de la chose peut être remplacé par tout acte auquel le droit attribue un effet équivalent (1) ; ces actes peuvent être purement symboliques, par exem-

(1) C'est ainsi que s'exprime la glose sur la loi 3, pr. D. *de adq. possess.* : « Animo solo non potest adquiri possessio, nisi interveniat apprehensio corporalis. Dicunt quidam, *vel aliud quod pro apprehensione habetur* ».

ple la tradition des marchandises par la remise des clés (1), des esclaves ou d'autres objets, par la remise des titres de vente, tous exemples tirés du Digeste et du Code Donneau (2) développe longuement cette théorie au point de vue du droit romain pur, sans faire mention par conséquent de la tradition germanique ; les auteurs au contraire qui écrivent au point de vue du droit pratique assimilent pleinement celle-ci à la prétendue tradition symbolique du droit romain (3). Pothier (4) reproduit après tous les autres la division adoptée, et distingue les traditions réelles, les traditions *longæ manus*, *brevis manus*, symbolique proprement dite, et enfin les traditions feintes qui résultent de certaines clauses apposées aux actes d'aliénation, comme le constitut et le précaire (5). Une fois dans cette voie, rien n'empêchait qu'au lieu d'un acte symbolique réel, les parties ne s'entendissent, en le déclarant, par exemple dans un acte écrit, pour le supposer accompli ; la pratique eut bientôt fait d'introduire cette fiction nouvelle ; ce fut la clause de dessaisine dont nous aurons à parler tout à l'heure ; dès lors la tradition n'exista plus qu'en apparence et à l'état de simple formalité. — Cette confusion entre les deux sortes de tradition contenait implicitement le germe d'une modification radicale dans toute la théorie de la translation de la propriété ; c'est, nous le verrons, l'origine première de la transmission consensuelle. Mais, auparavant, il faut expliquer comment était comprise en France la transmission à titre onéreux de la propriété foncière en théorie et en pratique, à partir de l'abolition

(1) L. 74, D. *de contr. empt.*

(2) Donneau, *Comm. jur. civ.*, liv. V, ch. IX.

(3) Voy. par exemple Guy-Pape, *Decisiones, quæst.* 22.

(4) Pothier, *Vente*, nos 314 et s.; *Possess.*, no 43; *Propr.*, no 194.

(5) Nous avons dit plus haut (nos 52 à 59) comment s'expliquent ces prétendues fictions ; nous n'y reviendrons pas ici.

de l'investiture, époque à laquelle nous l'avons laissée.

128. — Au XVI^e^ siècle, époque de Dumoulin, trois grands systèmes se partagent la doctrine et la pratique, relativement à la nature de la vente (nous prenons ici la vente comme type des contrats à titre onéreux); l'un se rattache au droit romain, l'autre au droit germanique, le troisième au principe de la clause de dessaisine. Ce dernier se subdivise plus tard en deux autres.

L'école et les pays de droit écrit enseignent avec les jurisconsultes romains et les glossateurs que le vendeur n'est tenu à l'égard de l'acheteur qu'*in rem licere habere*, sans obligation de rendre celui-ci propriétaire, et ils ne reculent devant aucune des conséquences de ce principe, la validité de la vente de la chose d'autrui notamment (1). C'est le système qu'on retrouve au XVIII^e^ siècle dans les œuvres de Pothier (2).

Le système germanique a toujours été, depuis et peut-être avant le XIII^e^ siècle, celui de la théorie et de la pratique françaises. Le vendeur est obligé par le contrat à transférer à l'acheteur la pleine propriété et jouissance de la chose vendue, et nous trouvons dans les coutumiers du XIII^e^ siècle les expressions de *sires* et de propriétaires appliquées à l'acheteur qui a reçu la tradition (3). Tandis qu'en droit romain l'obligation de livrer la chose se résout en une condamnation pécuniaire, quand la partie obligée se refusait à exécuter le contrat (4), en droit coutumier, le vendeur, obligé de transférer la propriété, est contraint

(1) Ferrière, *le Parfait notaire*, l. V, ch. 1 et 3 ; Despeisses, *Œuvres*, t. I, p. 9, n° 7.

(2) Pothier, *Vente*, art. prélim., n° 1 ; part. II, ch. I, sect. 1, art. 1, n° 48.

(3) Beaumanoir, J. Desmares, Bouteiller, *op. cit.*, *passim*. Bouteiller, *op. cit.*, I,67.

(4) Gaius, *Inst.*, IV, 48, 51.

d'exécuter réellement son engagement (1). — Autre conséquence : la vente de la chose d'autrui est nulle : « On ne doit, dit Bouteiller, vendre ne donner chose d'autruy, ne eschanger (2) ».

On retrouve ces deux systèmes exposés dans les ouvrages de Dumoulin qui, presque seul des auteurs de son époque, ne les confond jamais ; jurisconsulte romain dans son traité *de eo quod interest*, il nous dit avec Pomponius : « *Venditor non tenetur emptorem facere dominum totius vel partis, sed tantum vacuam rem tradere et facere ut emptori frui habereque liceat* (3) ; jurisconsulte français dans *la Coutume de Paris*, il revient au droit coutumier et nous dit, par exemple : « *Venditor transtulit dominium in emptorem* »; et tire de ce principe des conséquences qui sont bien loin du droit romain (4).

Le point commun entre ces deux systèmes est que, dans tous les deux, le contrat n'a pas pour effet de transférer la propriété, et qu'il faut pour cela une tradition effective, réelle ou symbolique, qui se fait directement (sauf dans les pays de nantissement où l'on exige l'intermédiaire du seigneur foncier), du vendeur à l'acheteur.

129. — Dans le troisième système, toute tradition réelle ou symbolique est supprimée, et en fait le contrat est par lui-même translatif de propriété. — Tant qu'on admit avec le droit romain que la tradition opérait réellement le déplacement de la possession, elle resta distincte de la convention en vertu de laquelle elle était accomplie ; mais lorsque, comme nous l'avons dit, elle fut confondue avec la tradition symbolique du droit féodal, acte de pure forme

(1) Beaumanoir, *op. cit.*, ch. XLIV, 14.
(2) Bouteiller, *op. et loc. cit.*
(3) Dumoulin, *Tract. de eo quod interest*, nº 127.
(4) Dumoulin, *In const. Par.*, § 78, glose 1, nº 15.

et n'ayant de valeur que celle dont la revêtait une fiction de droit, elle n'eut bientôt plus d'existence distincte de la convention qu'elle était destinée à manifester extérieurement.

Et ceci était logique : la tradition symbolique et la mise en possession réelle supprimées toutes deux, que restait-il dans l'ensemble des actes translatifs ? La convention seule, qui dès lors avait à la fois pour effet, et de produire l'obligation de transférer la propriété, et d'opérer la translation de ce droit. Aussi, à mesure que les formes extérieures tombèrent en désuétude, la convention dut-elle apparaître de plus en plus comme élément essentiel et constitutif de l'aliénation, et celle-ci devait finir fatalement par prendre le caractère et la forme d'une simple convention. Ce résultat ne se fait pas attendre : « Dessaisine et saisine, dit la coutume d'Orléans (1), faites par devant notaire, de la chose aliénée, valent et équipollent à tradition de fait et possession prise de la chose, sans qu'il soit besoin d'autre appréhension ». Lors donc que le vendeur déclarait par acte notarié qu'il se dessaisissait de la chose vendue et en saisissait l'acheteur, cette déclaration, qui tenait lieu de tradition réelle, transférait de plein droit la propriété. Voilà cette fameuse clause de *dessaisine-saisine*, point de départ de la transmission consensuelle, et qui bientôt devint de style dans tous les actes authentiques relatifs aux aliénations (2). De là à conclure que la mutation résultait du contrat en vertu de cette sorte de tradition feinte qu'il contenait, il n'y avait qu'un pas. Argon, parmi bien d'autres, tire la conclusion (3) : « Dès le moment, dit-il après avoir mentionné la clause de dessaisine, que le contrat est parfait et accom-

(1) *Cout. d'Orléans*, art. 278.
(2) Pothier, *Vente*, n° 313; *Propriété*, n° 213.
(3) Argon, *Institutions au dr. fr.*, t. II, p. 243.

pli, tous les droits qui appartenaient au vendeur passent dans la personne de l'acquéreur, de sorte que si le vendeur était propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire ».

On arriva enfin à sous-entendre *ipso jure* cette clause de dessaisine dans tous les contrats de vente où elle n'était pas exprimée (1). Dès lors, c'est bien le contrat qui est translatif par lui-même. Un certain nombre de coutumes et d'auteurs l'admettent formellement. Est-il possible d'être plus explicite que la coutume de Metz ? « Tous contrats et marchez sont irrévocables et nécessaires à tenir *sitost que les parties contractantes y ont respectivement consenti,* ou que seulement, *en signe de consentement,* elles ayent touché en main, qu'on dit donner la paulmée, jaçoit (*quoique*) ils ne soient passés par devant notaires ou tabellions. — Sitost qu'il y a contract fait et passé par devant tabellion et sous le sceau du prince, la tradition de ce qui a esté convenu et contracté est entendue faite, de sorte que l'acateur, sans autres formalitez, en est fait et rendu possesseur (2). »

« Le contrat, marché et convention est entendue faite, dit la coutume de Gorze en Lorraine (3), sitôt que les parties contractantes y ont mutuellement consenty..., de sorte qu'à l'une et à l'autre desdites parties compète action pour faire suivre et effectuer ce dont elles auront donné ledit mutuel consentement sur la chose commercée. » Enfin, au XVIII^e^ siècle, Denisart, résumant la pratique de son temps, nous dit : « Quelques-unes et même le plus grand nombre des nouvelles coutumes, en négligeant l'ancien usage, ont admis pour principe que la propriété des immeubles peut être transférée *par la seule convention*,

(1) Domat, *Lois civ.*, part. I, liv. I, tit. II, sect. 2, n° 8.
(2) Metz (évêché), tit. VII, art. 1 et 3.
(3) Gorze, tit. VII, art. 1-5.

sans qu'il soit besoin d'ensaisinement pour opérer l'expropriation (1) ». Donc, en droit et en fait, la transmission *solo consensu* avait lieu en France bien avant le Code civil, et celui-ci, quoi qu'on en dise tous les jours, n'a introduit aucune réforme à cet égard et n'a même pas su codifier une réforme introduite avant lui.

130. — La lutte s'engagea vivement entre les défenseurs des trois systèmes que nous venons d'exposer. Les romanistes ne donnaient à l'appui de leur opinion que des arguments d'une médiocre valeur (2); aussi étaient-ils attaqués de toutes parts. Puis les auteurs de droit français étaient eux-mêmes divisés en deux camps. Dans l'un on posait nettement le principe : « La vente disait-on, est un contrat par lequel une personne promet à une autre de lui délivrer quelque chose et de l'en rendre propriétaire ». Mais on n'allait pas plus loin, et rien dans les conséquences ne vient appuyer le principe (3); ceux qui veulent être plus complets sont d'une incroyable obscurité (4). — Les auteurs du second camp, comme Bourjon et Argon (5), tout en affirmant nettement la translation de la propriété par l'effet de la convention, entremêlent de la façon la plus bizarre ce système avec les idées romaines.

Enfin, en dehors de la sphère du droit positif, des esprits novateurs, se livrant à l'étude de ce qu'on appelait alors le droit naturel et de ce que nous appellerions aujourd'hui la

(1) Denisart, *Collect. de décis. nouv. de jurispr.*, v° *Saisine*. — « Le principal effet de la vente d'un immeuble, dit Bourjon (*Droit commun de la France*, t. I, p. 461), est de faire passer la propriété et la jouissance d'icelui dans la personne de l'acquéreur.

(2) Donneau (*op. cit.*, lib. IV, c. XVII, 3) et Pothier (*Propr.*, n° 245 ; *Vente*, n° 48), par exemple.

(3) Voyez, par exemple, Lange, *Pratique civile*, part. I liv. III, ch. 16.

(4) Donnat, entre autres (*op. cit.*, part. I, n°s 5, et 10 à 14).

(5) Bourjon, *op. cit.*, ch. IV, n°s 1 et 2; Argon, *op. cit.*, t. II, p. 233, 238, 243, 244.

philosophie du droit, arrivèrent à mettre en question la légitimité même du principe de la tradition. Déjà, au commencement du XVIIe siècle, François Caillet, professeur de droit à l'université de Poitiers, dans un traité sur le titre *de evictionibus*, au Code, que Pothier (1) appelle un fort beau commentaire, avait qualifié le système romain d'arbitraire, et lui avait reproché de blesser la raison juridique et le droit naturel. — Plus tard Grotius (2) et Puffendorf (3) enseignèrent que le principe de la tradition en général était de droit positif, mais qu'aux termes purs du droit naturel, rien n'empêchait que la convention de transférer la propriété ne la transférât effectivement, indépendamment de toute tradition réelle ou feinte (4), le tout au grand scandale de Pothier qui, tout en reproduisant leur argumentation, y répond, il faut le reconnaitre, par des raisons déplorables (5).

131. — L'objection la plus sérieuse contre la transmission par la convention était, sans contredit, l'immense danger qu'elle faisait courir au crédit public. La convention devenant en même temps, et productive d'obligation, et translative de propriété, cet acte, essentiellement circonscrit entre les parties contractantes et s'accomplissant dans le for intérieur de chacune d'elles, donna naissance à un droit absolu et opposable à tous ; dès lors, il était périlleux

(1) Pothier, *Vente*, n° 48. — Ce traité se trouve dans Mermann, *Thesaurus jur. civ.* t. II, p. 318 à 320.

(2) *De jure belli et pacis.*

(3) *Droit de la nature et des gens.*

(4) « De venditione et emptione notandum, dit Grotius, etiam sine traditione, ipso contractus momento transferri dominium posse atque id esse simplicissimum » (*op cit.*, liv. II, ch. 12, n° 15) ; et il ajoute ailleurs : « Ut traditio etiam requiratur, ex lege est civili ; quæ, quia a multis gentibus recepta sit, jus gentium improprie dicitur » (liv. II, ch. 6, n° 2). (V. aussi Puffendorf, *op. cit.*, liv. IV, ch. 9, n° 8.)

(5) Pothier, *Vente*, n° 48 ; *Propr.*, n° 245.

de faire résulter un droit de propriété d'un acte qui ne se révélait plus par aucun signe extérieur. Un acquéreur, par exemple, bien que rien n'eût révélé au public son acquisition, pouvait revendiquer la chose contre tous, même contre un second acquéreur de bonne foi, et une possession effective de la chose. — Parmi les auteurs, les uns critiquaient vivement les nouveaux principes, et en particulier la clause de dessaisine. Dumoulin lui refuse tout effet translatif: « *Si apponatur in contractu venditionis, non importat nisi facultatem possessionis apprehendendæ, et non aliud* (1) » ; et ailleurs : « *Ista non est neque vera, neque ficta traditio, nec operatur dominii nec possessionis translationem* (2) » ; et il conclut que, de deux acheteurs successifs, si le second n'avait à invoquer pour lui qu'une clause de cette nature, sans autre mise en possession, il devrait céder au premier (3). Ricard regrette que la pratique nouvelle, en annihilant la tradition, rende les mutations clandestines, et ne serve plus, dans la plupart des coutumes, qu'à grossir les clauses des contrats (4). Maynard fait remarquer que les seigneurs « en estoient bien préjudiciez, à cause que, par ce moyen, les acquisitions leur estoient cachées et la plupart recelées, et par si longtemps qu'ils venoient quelquefois en danger de perdre leur seigneurie, contraints souvent entrer en grand procès pour ce regard, avec dépens, dommages et intérêts inestimables (5) ».

132. — D'autres, tournant la difficulté, essayaient de

(1) Dumoulin, *op. cit.*, liv. I, § 28, glose 1, n° 16.

(2) *Idem*, *ibid.*, liv. I, § 20, glose 5, n. 16.

(3) Le Parlement de Paris confirma l'opinion de Dumoulin par un arrêt solennel du 29 avril 1595. (Louët, *Récueil d'arrêts*, lett. v, comm. 1, n° 1.)

(4) Ricard, *Des donations*, part. I, n° 904.

(5) Maynard, *Notables quest. de dr. escript*, liv. IV, ch. 38.

soutenir que la tradition feinte n'avait pas la même énergie que la tradition réelle, et que la seconde devait l'emporter sur la première, au point de vue de la transmission à l'égard des tiers. Charondas (1), par exemple, décide que, de deux acquéreurs successifs du même immeuble dont le premier n'aurait reçu le domaine que par une clause de dessaisine, tandis que le second aurait été mis en possession réelle, celui-ci devrait être préféré, parce que, dit-il, la possession du second acheteur est plus forte et mieux fondée, et que la constitution des empereurs qui préfère celui des deux acheteurs auquel le premier la tradition a été faite, ne parle que d'une tradition de fait, et non de celle suppléée et entendue par la subtilité du droit, et que d'ailleurs les conventions n'ont d'effet qu'entre ceux qui les ont faites. Mais cette distinction n'était pas généralement admise, et Pothier et Guy-Pape (2) décidaient que, dans tous les cas, le premier acheteur devait être préféré (3). C'était reconnaître formellement que la translation était consommée, soit entre les parties, soit à l'égard des tiers, par la convention.

133. — Cependant il devenait de plus en plus urgent de pourvoir à la publicité des aliénations; les rois de France et leurs ministres entreprirent cette tâche à diverses reprises, mais toutes les tentatives furent infructueuses. Henri III, par l'édit de 1581, exige la formalité de l'enregistrement pour toute mutation ou constitution de droits réels. Cet édit avait moins pour but, du reste, le crédit public que l'intérêt du trésor; il fut vivement attaqué et révoqué en 1588. —

(1) Charondas, *Rép. du dr. fr.*, liv. II, rép. 62.

(2) Pothier, *Vente*, nos 321 et 322; Guy-Pape, *Décis.* 412.

(3) Bourjon, reproduisant la jurisprudence du Parlement de Paris et du Châtelet, déclare aussi que « s'il y a deux acquéreurs, l'autorité du titre lorsqu'il est authentique, doit entre eux l'emporter sur la prise de possession (*op. cit.*, t. I, p. 471).

Sous Henri IV, l'édit de 1606 prescrit la publicité des contrats, des hypothèques et des déclarations d'emprunts ; il rencontre dans l'esprit public les mêmes obstacles, n'est enregistré qu'au Parlement de Normandie, et reste sans exécution dans les autres provinces.

Enfin Colbert, par l'édit de 1673, essaya de porter un remède aux inconvénients de la transmission occulte ; il manifestait dans le préambule l'intention de perfectionner par une disposition universelle ce que quelques coutumes avaient essayé de faire par la voie des saisines et des nantissements. L'édit cependant ne répondait pas à cette promesse, car il ne prenait de mesures de publicité, d'ailleurs incomplètes, que relativement au régime hypothécaire et à la purge des hypothèques. C'était bien modeste, et, malgré cela, Colbert se heurta contre les préjugés de l'époque. La noblesse de cour qui avait des dettes lui fit une opposition intéressée ; le Parlement n'y était pas favorable, et d'éminents jurisconsultes, Basnage (1) et d'Aguesseau en tête, le critiquèrent vivement. « C'est, disait ce dernier (2), livrer presque toutes les familles en un moment à la poursuite de leurs créanciers ; c'est forcer les derniers retranchements de la pauvreté, faire voir à découvert la misère du plus grand nombre des sujets du roi et mettre en un jour plus des trois quarts du royaume en décret. »

L'année suivante, 1674, l'édit fut révoqué, « pour le motif que les règlements les plus utiles ont leur difficulté dans leur premier établissement, et il s'en rencontre dans celui-ci qui ne peuvent être surmontées ». A ce moment, il faut le dire, cette mesure, quoique d'une grande utilité,

(1) Basnage, *Traité des hypothèques*, ch. 1, § 2.
(2) D'Aguesseau, t. XII, p. 622, 623.

aurait été, prise aussi subitement, désastreuse pour tout le monde. Depuis cette époque, la seule amélioration, au point de vue de la publicité, fut l'édit de 1771, qui établit la purge des hypothèques.

CHAPITRE IV.

DROIT INTERMÉDIAIRE.

134. — I. *Lois du* 27 *septembre* 1790. — L'état de choses que nous venons de résumer subsista jusqu'en 1789. Un des premiers actes de la révolution fut la suppression des justices seigneuriales; mais de là naquit une difficulté entre mille autres. Jusqu'à la promulgation du Code civil promis à la nation, on ne pouvait supprimer les coutumes diverses qui régissaient la France; comment allaient faire les pays de nantissement pour la vente des immeubles et les formalités des devoirs de loi qui devaient, aux termes des coutumes, être accomplies devant les officiers de la justice seigneuriale? Il fallait pour ces pays une loi nouvelle pour régler à l'avenir les mutations de propriété. Cette loi fut décrétée le 19 et sanctionnée le 27 septembre 1790.

Voici ses principales dispositions : « Art. 3. A compter du jour où les tribunaux de district seront installés dans les pays de nantissement, les formalités de dessaisine, saisine, etc., et généralement toutes celles qui tiennent du nantissement féodal ou censuel, seront et demeureront abolies; et jusqu'à ce qu'il en ait été ordonné autrement, la transcription des grosses, des contrats d'aliénation ou d'hypo-

thèque en tiendra lieu et suffira en conséquence pour consommer les aliénations et constitutions d'hypothèque. — Art. 4. Les dites transcriptions seront faites par les greffiers des tribunaux du district de la situation des biens... et les greffiers seront tenus de communiquer les registres sans frais à tous les requérants. »

Cette loi est le premier monument législatif qui ait introduit dans le droit français le mot de *transcription*. Du reste le mot seul est nouveau et le principe reste le même. On substitue seulement au greffe de la justice féodale celui des tribunaux de district. — Comme le nantissement, cette transcription est nécessaire pour consommer les aliénations soit entre les parties, soit à l'égard des tiers ; les termes généraux de la loi excluent toute distinction. La loi ne s'appliquant qu'aux pays du nantissement, le reste de la France conserva sa jurisprudence ; cet état de choses dura jusqu'à la loi du 11 brumaire an VII.

135. — II. *Loi du 9 messidor an III.* — A la fin du XVIII^e^ siècle, l'école des économistes avait mis en vogue les idées de circulation des biens et de publicité des droits réels. On avait répété sur tous les tons que la propriété était enchaînée, la circulation des biens entravée, et, après avoir brisé ces entraves d'une façon quelque peu légère, on essaya de mobiliser la propriété ; on voulait, suivant un mot très vrai « porter sa fortune immobilière en portefeuille comme nous portons aujourd'hui nos obligations de chemins de fer (1) ». Beaucoup de gens d'ailleurs voyaient là un moyen de consolider de nouvelles acquisitions en effaçant la trace et le souvenir des anciens propriétaires. — C'est de ces idées que naquit la loi du 9 messidor an III, tentative chimérique qui ne reçut et ne pouvait recevoir aucune exécution. Au milieu de quelques dispositions réel-

(1) De Resbecq, *op. cit.*, p. 74.

lement utiles, comme la création des conservateurs des hypothèques, la publicité et la spécialité des droits réels, elle contenait des idées étranges ; l'hypothèque sur soi-même, par exemple, et les cédules hypothécaires transmissibles par voie d'endossement à ordre (1). Arrivons donc, sans nous arrêter à une disposition qui ne fut jamais en vigueur, à la loi de l'an VII.

136. — III. *Loi du 11 brumaire an VII.* — Cette loi, tout en ayant pour but principal l'organisation du régime hypothécaire, et la publicité des droits réels immobiliers, eut une immense influence sur le régime entier de la propriété foncière. « Sans s'arrêter à des rêves plus ou moins excentriques, on s'efforça avant tout d'établir sur des bases solides et rationnelles la publicité et la spécialité de l'hypothèque, et par là même on arriva forcément à la publicité des transmissions. Un créancier en effet doit connaître non seulement les hypothèques qui diminuent la valeur de l'immeuble lui servant de gage, mais encore si cet immeuble n'a pas cessé d'appartenir à son débiteur. L'idée fondamentale de ce système fut, on le sait, empruntée à la législation des pays de nantissement ; seulement la loi de l'an VII substituait le conservateur des hypothèques aux greffiers des justices féodales, remplacés déjà par les greffiers des tribunaux de district, dans la loi de 1790. — Ne sont soumis à la publicité que les actes entre-vifs (les successions et testaments échappent donc à la transcription), et parmi eux les actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque. Or, d'après l'art. 6, sont seuls susceptibles d'hypothèque : 1° les biens territoriaux et leurs accessoires inhé-

(1) V. les art. 36 à 83 de la loi. — On trouve quelque chose d'analogue comme application dans la loi prussienne du 3 mai 1872, mais sur des bases bien différentes.

rents ; 2° l'usufruit ainsi que la jouissance emphytéotique des mêmes biens pour le temps de leur durée. Ne sont pas assujettis à la publicité les droits d'usage et d'habitation, de servitude et d'antichrèse. Ceci était une lacune regrettable à tous égards ; elle a du reste été comblée par la loi de 1855.

137. — Quels étaient les effets de la transcription et les conséquences du défaut de transcription ? L'art 26 répond ainsi à cette question : « Jusque là les actes translatifs ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur, et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente ».

D'abord cet article ne s'occupe, on le voit, que de la transmission à l'égard des tiers, de là une première question. Comment, sous l'empire de la loi de brumaire, se transmettait la propriété entre les parties? On a soutenu que la propriété n'était transmise entre les parties que par l'effet de la transcription et à partir du jour de l'accomplissement de cet acte ; et on a donné de ce système le motif que la transcription de brumaire, ayant été empruntée à la *dessaisine* des pays de nantissement, devait avoir les mêmes effets. — Il est généralement admis, au contraire, que la transmission avait lieu par le seul consentement, ou, si l'on aime mieux, par la clause de tradition feinte dont nous avons parlé et qui, à cette époque, était plus que jamais de style dans tous les contrats de vente (en fait le consentement seul transférait la propriété, même dans les contrats purement verbaux). Le représentant Crassous prend soin de le dire formellement. « La mutation, en ce qui concerne le vendeur et l'acheteur, est parfaite par leur seul consentement mutuel, mais d'autres peuvent avoir intérêt à la connaître. » La même idée est bien indiquée par la rédaction de l'article, car énoncer que des actes ne sont pas opposables aux tiers, c'est sous-entendre que ces

actes sont immédiatement parfaits entre les parties ; cette idée, nous l'avons dit déjà, n'était pas nouvelle ; rien d'étonnant donc à la voir consacrée implicitement par le législateur de brumaire.

En second lieu, quel est le sens de ces mots : les tiers ? Ce sont, d'après l'art. 26, « ceux qui auraient contracté avec le vendeur et se seraient conformés aux dispositions de la présente » ; ce qui comprend (quoique ce point ait été contesté) aussi bien un second acquéreur que les créanciers hypothécaires du vendeur inscrits avant la transcription. Cette interprétation a du reste été confirmée par un arrêt du tribunal de cassation du 23 messidor an X (1). — Ainsi, tant que la transcription n'a pas eu lieu, un tiers peut traiter avec le vendeur et se faire consentir des droits qu'il opposera à l'acquéreur, s'il les a rendus publics. Mais, une fois la transcription faite, l'acquéreur a un droit inattaquable, et peut repousser non seulement les tiers qui auraient acquis un droit postérieur au sien, mais encore ceux dont le droit serait antérieur et qui ne l'auraient pas rendu public avant cette transcription. Cette distinction entre les conditions exigées pour le transfert de la propriété entre les parties et celles qui sont nécessaires pour que ce tranfert soit *opposable* aux ayants cause du vendeur constitue la règle fondamentale de la loi de brumaire.

138. — En résumé, transmission s'opérant par le seul consentement entre les parties, et subordonnée à l'égard des tiers à la formalité de la transcription : tel fut le système de la loi de brumaire an VII ; ces dispositions restèrent en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil en 1804.

(1) Sirey, III, 1.31. Voy. aussi un arrêt du 23 thermidor an XIII, Sirey, VI, 1.60.

TROISIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS ACTUEL

TITRE PREMIER

LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ D'APRÈS LE CODE CIVIL

139. — La distinction de la transmission de la propriété entre les parties et à l'égard des tiers, qui n'a dans le droit ancien qu'un intérêt secondaire, devient, dans le droit moderne, d'une importance capitale. La transmission entre les parties, réglée par le Code civil, n'a pas été modifiée depuis; à l'égard des tiers, la loi de 1855 sur la transcription a transformé d'une manière complète le système du Code.

CHAPITRE PREMIER

TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ ENTRE LES PARTIES.

SECTION PREMIÈRE

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE.

140. — Lorsque furent abordées les premières études relatives à la préparation d'un projet de Code civil, la transmission de la propriété se trouvait soumise à la théorie mixte provenant du mélange des principes du droit romain et du droit coutumier. La doctrine maintenait la nécessité d'une tradition qui n'était plus qu'une formalité ; la pratique attribuait aux conventions un plein effet translatif, et le droit naturel et philosophique adoptait en théorie ce principe comme seul rationnel. La loi de brumaire an VII, enfin, tout en exigeant la transcription pour rendre la mutation opposable aux tiers, semblait admettre le principe de la transmission *solo consensu*, pas assez nettement cependant pour éviter une controverse. Cette considération nous expliquera les nombreuses hésitations que nous allons voir se produire dans la rédaction des différents projets de Code qui se succédèrent alors.

141. — Cambacérès présenta, en exécution du décret de la Convention du 24 juin 1793, un projet de Code civil dans lequel les contrats, c'est-à-dire les conventions, et la tradition étaient considérés comme deux modes translatifs distincts. Ainsi le titre II du livre III avait pour rubrique : « Des manières d'acquérir les biens indépendantes des

contrats ». Parmi ces manières était comprise la tradition. Après avoir implicitement attribué aux contrats l'effet translatif, il prend soin de se contredire en ajoutant que, « les obligations peuvent servir de moyen pour arriver à la propriété ; elles ne la transmettent pas de plein droit, la tradition peut seule opérer cet effet » (art. 1er). Il affecte ensuite exclusivement la tradition réelle aux meubles, et la tradition fictive aux immeubles (1). — Ce projet fut révisé par une commission spéciale nommée par la Convention ; une réforme considérable y fut introduite. Après avoir reconnu (art. 88) (2) la tradition comme moyen d'acquérir, on ajoutait : « La tradition s'opère par l'acte qui a pour objet de transférer la propriété (art. 91), ou encore par la délivrance réelle, quand il s'agit de marchandises ou d'effets mobiliers (art. 92) ». L'acte dont parle l'art. 91 n'était évidemment que la convention par laquelle le cédant s'oblige à transférer la propriété, et l'on réputait accomplie *ipso jure* l'obligation née de cette convention ; seulement on n'arrivait à exprimer cette idée que par un détour.

Le troisième projet de Cambacérès reproduit la même pensée, mais d'une façon aussi peu nette. « La tradition des immeubles, dit l'art. 534, s'opère par l'acte qui en transfère la propriété (3). » Mais, cette fois, l'auteur du projet explique clairement sa pensée dans son rapport sur cet article. Après avoir dit qu'en droit romain « la tradition n'avait jamais lieu par le seul acte translatif de propriété », il ajoute : « Le principe opposé nous a paru conduire à de plus heureux résultats. C'est par *la volonté seule* que se fait la transmission de la propriété. Quand cette volonté est constatée par un acte juridique, pourquoi exigerait-on d'au-

(1) Fenet, tome Ier, p. 74.
(2) Id., tome Ier, p. 118.
(3) Id., t. Ier, p. 259.

tres formalités (1) ? » Le principe était nettement indiqué ; mais le respect des anciennes habitudes avait fait conserver dans le texte le mot de tradition, quoique la chose fût en réalité supprimée.

142. — Les différents projets de Cambacérès n'eurent pas de suite, et un nouveau projet de Code civil fut plus tard rédigé, sur l'initiative du premier consul, par une commission spéciale. L'art. 1er du livre III donnait, parmi les moyens d'acquisition... « les obligations qui naissent des contrats ou conventions (2) ». Les art. 37 et suivants du titre des obligations contenaient le développement de cette idée. « Art. 37. L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer, auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier (3). » Au titre de la vente, l'art. 2 disposait que « la vente est accomplie dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » et l'art. 25 « que la tradition des immeubles s'opère par l'acte seul qui en transfère la propriété ».

143. — Le projet fut dans cet état soumis aux observations des tribunaux d'appel ; les dispositions relatives à la transmission de la propriété passèrent généralement inaperçues, et les quelques conseils qui furent donnés au législateur ne furent pas suivis. — Les rédacteurs du Code s'occupèrent d'ailleurs aussi peu que possible de la question, et quand ils le firent, ce fut de telle façon

(1) Id., t. I, p. 165.
(2) Fenet, t. II, p. 123 et 124
(3) Id , t. II, p. 164.

que nous en sommes aujourd'hui à nous demander ce qu'ils ont voulu dire. Ils posèrent un principe qu'on avait appliqué avant eux, mais ne purent jamais parvenir à en tirer les conséquences ; et après avoir lu leurs discours, nous n'osons pas trop nous indigner devant cette dure appréciation d'un jurisconsulte belge (1) : « Beaucoup d'entre les rédacteurs du Code étaient de médiocres jurisconsultes et des esprits tout aussi médiocres ». En voici les preuves données par M. Bugnet dans ses notes sur Pothier (2) (nous citons sans apprécier) : « Voici ce que disait M. Bigot-Préameneu en exposant les motifs : « C'est le consen-« tement des contractants qui rend parfaite l'obligation de « livrer la chose ; il n'est donc pas besoin de tradition « réelle pour que le créancier doive être considéré comme « propriétaire, aussitôt que l'instant où la livraison doit « se faire est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit « à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de propriété, « *jus in re ;* si donc elle périt par force majeure ou par « cas fortuit depuis l'époque ou elle a dû être livrée, la « perte est pour le créancier, suivant la règle : *res perit* « *domino* (3). »

« Nous laissons au lecteur intelligent le soin de commenter ce texte, il est difficile d'accumuler plus d'erreurs en aussi peu de mots. C'est une preuve qu'on peut occuper des places éminentes qui exigent la connaissance du droit et cependant en ignorer les éléments. — M. Favart, plus laconique, n'annonce pas plus de science. Après avoir dit que « l'obligation de livrer rend le créancier propriétaire du « moment que le consentement a formé le contrat », il ajoute : « Ces principes ont été de tout temps consacrés parmi

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 419.
(2) Bugnet, *Notes sur Pothier*, t. II, p. 71 et 72.
(3) Fenet, t. XIII, p. 230.

nous (1) ». Voilà un pauvre légiste et un mauvais historien. Enfin M. Mouricaut ne nous donne pas plus de lumière ; il confond la perfection de l'obligation avec la translation de propriété, la translation de la propriété et les risques (2)... Toujours les mêmes erreurs ; confusion de la perfection de l'obligation et de la mutation de la propriété ; risques de la chose indiqués comme conséquence nécessaire de la propriété... Il est pénible de n'avoir à présenter que de pareils motifs sur la plus grosse des innovations du droit nouveau. »

Il est fâcheux qu'au lieu du texte si embrouillé de l'art. 1138, les rédacteurs du Code n'aient pas copié purement et simplement le premier projet de Cambacérès sur cette matière. « Du moment que le contrat est formé, était-il dit au titre de la vente (3), la propriété passe à l'acheteur. Jusqu'au temps de la livraison le vendeur doit la lui conserver ; si elle périt dans l'intervalle, sans qu'il y ait faute de ce dernier, la perte est tout entière pour l'acheteur. »

Là au moins le principe est formulé d'une façon claire ; il aurait seulement fallu le placer en tête des obligations ; là il eût été à sa véritable place.

SECTION II

SYSTÈME DU CODE.

141. — Le principe général est celui-ci : La propriété d'une chose (dans notre matière, d'un immeuble) est transférée entre les parties par le seul effet du consentement.

(1) Fenet, t. XIII, p. 320.
(2) Id., t. XIII, p. 420.
(3) Id., t. I, p. 76.

Lors donc que je m'oblige à vous donner la propriété d'une chose qui m'appartient, cette chose passe à l'instant même et directement de mon domaine dans le vôtre. Dans le cas d'une vente, par exemple, l'acheteur devient tout à la fois et dans le même temps créancier et propriétaire de la chose vendue. Il peut, en vertu de sa créance, exiger la tradition, mais ce n'est pas cette tradition qui opérera la mutation de propriété, elle n'aura d'autre effet que de mettre l'acheteur à même de se servir de la chose. La transmission de la propriété a eu lieu avant cette tradition et indépendamment d'elle, par la seule force de la convention. — Voilà le système du droit français actuel, non pas tel qu'il résulte des termes du Code, mais tel que l'ont fait les commentateurs qui ont ici éclairé la loi ; étudions-le plus en détail.

145. — Aux termes l'article 711, la propriété s'acquiert et se transmet par « l'effet des obligations ».

Erreur : l'effet naturel de l'obligation est pour le créancier la faculté d'exercer une action ; cette action lui permettra d'employer les moyens de coercition que met à sa disposition la puissance publique contre son débiteur, par exemple la saisie des biens de celui-ci ou sa condamnation à des dommages-intérêts, mais cette action n'est jamais un moyen juridique d'acquisition ; la propriété est acquise par l'effet, non de l'obligation, lien de droit naissant du contrat, mais de ce contrat lui-même, accord des parties, de deux volontés pour produire un effet de droit. — L'obligation d'ailleurs ne peut conférer de droit réel ; ce serait une contradiction dans les termes.

146. — L'art. 1138 peut se résumer en trois propositions : 1° l'obligation de livrer est parfaite par le seul consentement des parties ; — 2° cette obligation rend le créancier propriétaire, encore que la tradition réelle de la chose n'ait pas été faite ; — 3° elle met la chose aux ris-

ques et périls du créancier devenu propriétaire. Nous laissons de côté cette dernière proposition en dehors de notre cadre.

On s'entend bien sur le résultat, mais on n'est pas d'accord sur la façon de l'expliquer.

147. — *Premier système.* — « L'obligation de livrer est parfaite », c'est-à-dire créée, formée, engendrée « par le seul consentement des parties », sans aucune solennité, par opposition aux contrats solennels, dans lesquels l'obligation n'est parfaite qu'après l'accomplissement des formalités prescrites par la loi. Ici c'est le simple contrat consensuel, et ce premier alinéa reproduit le *solus consensus obligat* du droit romain. — « Elle (l'obligation de livrer parfaite par le seul consentement) rend le créancier propriétaire. » Ici trois inexactitudes : 1° ce n'est pas, nous l'avons dit, l'obligation, mais la convention ; — 2° ce n'est pas la convention de *livrer*, c'est-à-dire de faire tradition, de transférer la possession d'une chose (la convention de laisser habiter une maison par un locataire est une convention de livrer), mais la convention de *donner*, de transférer la propriété ; — 3° enfin ce consentement ne vaut pas livraison ; le vendeur, par exemple, qui a consenti à livrer, qui transfère la propriété de la chose, n'en reste pas moins tenu à la délivrance (art. 1603 et 1604). — « Dès l'instant où elle a dû être livrée », il faut lire dès l'instant où est née la convention, dès l'instant où la livraison de la chose a été due, autrement il faudrait dire que dans les conventions à terme la propriété est transférée non du jour du contrat, mais du jour de l'échéance du terme ; or c'est le contraire ; le terme ne fait que suspendre l'exécution des effets du contrat (art 1185). — « Encore que la tradition n'en ait point été faite », c'est là l'abolition du principe ancien ; la convention devient non plus seulement, comme

en droit romain et coutumier, productive d'obligation, mais translative de propriété (1).

148. — *Deuxième système.* — « L'obligation de livrer est parfaite », c'est-à-dire non pas *formée, créée*, comme dans la première interprétation, mais *accomplie*, *exécutée* par le seul consentement des parties contractantes. Ici ces mots : *l'obligation de livrer* sont très exacts et viennent en leur lieu. L'art 1136 dit que l'obligation de donner emporte celle de livrer la chose et de la conserver jusqu'à la tradition ; l'art. 1137 règle l'effet de l'obligation de conserver, et enfin l'art. 1138, l'effet de l'obligation de livrer. — Mais c'est surtout par l'histoire que s'explique le premier alinéa de cet article. Nous avons vu que, dans le dernier état du droit, la clause de dessaisine-saisine, exprimée par les parties ou inscrite dans un acte, tenait lieu de tradition réelle, et qu'à la fin cette clause était devenue de style dans les contrats. Aujourd'hui elle est de droit sous-entendue. L'art. 1138 ne dit pas, remarquons-le, que la propriété se transfère par le seul effet de la convention, indépendamment de toute tradition ; sa pensée est celle-ci : la tradition est toujours nécessaire pour opérer la mutation de propriété, mais une tradition feinte, consensuelle, suffit. Cette tradition est toujours supposée accomplie au moment du contrat, et « rend dès à présent le créancier propriétaire », sans qu'il y ait besoin d'une tradition réelle qui pourra n'être accomplie que plus tard. « Dès l'instant où elle a dû être livrée », c'est-à-dire que la tradition civile ou feinte, d'où résulte la mutation de propriété, a lieu à partir du moment que les parties ont fixé ; ce moment, à moins de clauses contraires, est le moment même du contrat. Il en est ainsi, lors même que le contrat est à terme ; cepen-

(1) Duranton, t. X, nos 417 et 418. — Delvincourt, t. II, p. 240. — Demante, t. V, n° 55.

dant les parties peuvent renvoyer à une autre époque la mutation de propriété.

119. — L'art. 1583, ajoute-t-on, applique à la vente le principe énoncé dans l'art. 1138. « Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. » Ce texte, plus clair d'ailleurs que celui de l'art. 1138, n'a pas été mieux compris par les rédacteurs du Code. « Il s'opère par le seul effet du contrat, disait M. Portalis, une sorte de *tradition civile* qui consomme le transport des droits et qui nous donne action pour former la tradition réelle (1). » L'art. 938 reproduit toujours la même idée : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin *d'autre tradition*. Il y en a donc eu déjà une première. C'est bien toujours cette fiction d'une tradition légale se réalisant au moment du contrat. Le projet disait même : *d'autre tradition que celle qui résulte du consentement.* Ces expressions furent retranchées dans la rédaction définitive.

Voici donc où s'arrête le Code ; une tradition feinte est supposée avoir eu lieu au moment du contrat. Les commentateurs sont partis de là et ont dit : étant admise la fiction du Code, s'obliger à transférer la propriété, c'est la transférer. La tradition étant consensuelle, s'opérant par le même consentement qui crée la convention, ce consentement transfère la propriété (2).

(1) Fenet, t. XIV, 112, 113.

(2) Colmet de Santerre, t. V, n° 55 *bis*, § 3. — Demolombe, t. XXIV, p. 393 et suiv. — Bugnet sur Pothier, t. II, p. 72. — Ce système a été surtout développé par Valette à son cours.

150. — Cette deuxième explication est très ingénieuse, et fait beaucoup plus d'honneur à ceux qui l'ont émise qu'au texte qu'elle veut expliquer. Je ne lui reprocherais qu'un tout petit défaut que n'évitent pas toujours les interprètes les plus illustres ; c'est l'espèce de modestie qui consiste à attribuer au législateur une foule d'idées dont, par malheur, il est bien innocent. S'il avait eu une théorie arrêtée, ç'aurait été sûrement celle-là ; le malheur est qu'il n'en avait aucune ; nous l'avons déjà vu par les travaux préparatoires, les textes complètent la preuve. L'idée de tradition l'inquiète et le tourmente, il se rappelle la tradition du droit romain, les traditions feintes des glossateurs, celle des coutumes, les théories de Pothier qui reste toujours son guide. Les rédacteurs du Code ne peuvent pas se faire à l'idée qu'il faut abandonner ce qui n'est plus qu'une formalité oiseuse, et, chaque fois que se présente accessoirement la question de transmission de la propriété, ils oublient le principe qu'ils ont posé. Dans l'art. 1303, où il est dit que lorsque la chose est mise hors du commerce ou perdue sans la faute du débiteur, celui-ci est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier, comment comprendre que cette action en indemnité puisse naître dans la personne du débiteur et non dans celle du créancier devenu propriétaire par la convention ? De même, en matière de société, l'art. 1867 semble exiger la tradition. Enfin l'art. 1582 donne de la vente une définition qui n'est plus en rapport avec le principe général, qui se trouve précisément reproduit dans l'article suivant : Le vendeur ne s'oblige pas seulement à transférer la propriété, il la transfère bien réellement. L'art. 1605 est le résultat du même oubli, et nous reproduit la doctrine des commentateurs du droit romain sur la tradition symbolique.

151. — Donc, nous le répétons, les rédacteurs du Code

n'ont pas compris la portée du principe qu'ils posaient. La tâche, je le veux bien, était délicate ; ils se trouvaient à une époque de transition où l'on manquait de doctrine précise sur la translation de propriété : c'était une raison pour en créer une. Ils l'ont créée, nous dit-on à chaque instant. Non : théoriquement, ils n'ont pas introduit la règle de la translation *solo consensu ;* pratiquement, cette règle existait avant eux. Ils se sont arrêtés à la tradition coutumière ; ils l'ont confondue avec la tradition romaine et n'ont même pas mis à profit les ouvrages des auteurs du droit naturel (1). Voilà la vérité sur cette innovation, une des gloires du Code civil.

Quoi qu'il en soit, elle est admise par tout le monde ; étudions-en donc brièvement la portée et l'étendue.

152. — En droit romain, nous l'avons vu, la vente conclue engendre simplement une obligation, rend le vendeur débiteur de la chose et créancier du prix, l'acheteur débiteur du prix et créancier de la chose ; c'est un échange de de créances sans déplacement de propriété. — En droit français, la vente d'un objet déterminé quelconque crée bien aussi des obligations, mais fait passer la propriété du vendeur à l'acheteur par la seule puisssance de la vente, sans qu'il y ait besoin de tradition ni de paiement du prix.

153. — Par exception, la convention n'est pas translative dans les cas suivants :

1° Lorsque les parties ont expressément manifesté l'intention de renvoyer à une époque postérieure la mutation de propriété. Précisément parce que c'est le consentement qui opère le déplacement de la propriété, une convention contraire le retardera au gré des parties. Ce n'est pas là d'ailleurs un simple contrat à terme. Le terme accordé à

(1) Voyez la théorie des auteurs dits de droit naturel, 2e partie, n° 130, ainsi que les auteurs cités.

l'une des parties n'empêche pas le contrat d'être translatif; il suspend l'exercice, non l'acquisition du droit, et le nouveau propriétaire l'est du jour du contrat. — Je vous vends ma maison, me réservant le droit de l'habiter encore pendant un an; jusque là vous ne pouvez en prendre livraison, vous ne pouvez l'utiliser; vous en êtes néanmoins propriétaire du jour du contrat et pouvez dès lors la vendre, bien entendu sous la réserve de mon droit. — Je vous vends au contraire cette maison sous la condition que vous n'acquerrez la propriété qu'au bout d'un an; jusqu'à la livraison de l'immeuble vous n'aurez qu'une créance sans propriété. Cette différence est bien claire et nous n'insistons pas.

2° Lorsqu'elle a pour objet une chose appartenant à autrui. Dans ce cas, celui qui s'oblige à donner ne peut évidemment en dessaisir le propriétaire.

3° Lorsqu'elle porte sur une chose déterminée seulement quant à son espèce, une chose *in genere*. Dans ce cas, l'objet sur lequel doit porter la propriété n'étant pas déterminé, la convention n'est qu'un mode d'acquérir une créance; les genres ne peuvent appartenir à personne, il faudra pour individualiser la chose, ou une tradition, ou une convention ultérieure qui alors transférera la propriété.

En cas d'obligation alternative, si l'on décide qu'au moment du contrat la chose à payer n'est pas déterminée et *n'est qu'un genre*, on décidera par là même que le créancier n'a qu'un simple droit de créance, se convertissant en un droit de propriété lorsque la chose qu'il doit définitivement recevoir aura été choisie. — Si l'on admet au contraire que le créancier devient propriétaire des choses dues sous la condition qu'il les recevra en paiement, ces deux choses sont des corps certains, et il faudra admettre aussi qu'il aura dès l'instant du contrat la propriété de la chose que lui aura plus tard donnée l'option.

CHAPITRE II

TRANSMISSION A L'ÉGARD DES TIERS.

154. — I. — La propriété, avons-nous dit, se transmet entre les parties par le seul consentement. En sera-t-il de même à l'égard des tiers, ou faudra-t-il, pour leur rendre opposable la mutation qui s'est produite, qu'une formalité de publicité vienne la leur révéler? En d'autres termes, le Code a-t-il maintenu le système de la loi de brumaire, ou ressuscité le régime des transmissions occultes de l'ancien droit?

155. — L'historique de cette question est bien connu. Elle surgit pour la première fois au titre des donations ; là on maintint la transcription dans une certaine mesure. La lutte ne s'engagea vraiment qu'au titre des obligations, à propos de l'art. 1138 ; après beaucoup de discussions pour et contre la loi de brumaire, on ajourna la question ; de là l'art. 1140. Au titre de la vente, le problème se posa de nouveau au sujet de l'art. 1583. Nouvelle discusion, nouvel ajournement; cet article réserve formellement la transmission à l'égard des tiers. Au titre des hypothèques, il n'est plus possible de reculer. La section de législation du conseil d'Etat propose franchement le maintien en principe de la loi de brumaire. Le projet contenait les dispositions suivantes : « Art. 91. Les actes translatifs de propriété qui n'ont pas été transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente. » — « Art. 92. La simple transcription des titres translatifs de propriété sur le registre ne purge pas les privilèges et hypothèques établis sur l'im-

meuble ; il ne passe au nouveau propriétaire qu'avec les droits qui appartiennent au précédent, affecté des mêmes privilèges et hypothèques. » C'était au fond la reproduction des articles 26 et 28 de la loi de brumaire. A la suite d'une discusion assez vive, le Conseil d'État vote une note dont la rédaction ne brille pas par la clarté, et « renvoie les articles à la section, pour les rédiger dans le sens des amendements proposés (1). »

156. — Quand le projet revient devant le conseil d'Etat, on ne retrouve plus rien du principe de la loi de brumaire ; l'art. 91 a disparu et l'art. 92, devenu l'art. 2182 du Code civil, subit une modification qui en change complètement le sens. Comment expliquer la disparition de l'art. 91 ? Personne ne le sait. A-t-il été, comme le prétend M. Locré, retranché par suite du vote qui a eu lieu dans la séance du 10 ventôse ; y a-t-il eu un malentendu, certains auteurs disent même un *escamotage* fait par les adversaires de la loi de brumaire ? C'était, pour trancher une aussi grave question, une méthode tant soit peu expéditive.

157. — Quoi qu'il en soit, cette suppression était si peu attendue, et le résultat en était si peu expliqué que la discussion s'éleva aussitôt sur la question. Des partisans de la loi de brumaire prétendirent que la transcription avait été maintenue ; ils invoquaient le silence des travaux préparatoires et de la loi elle-même, qui ne contient aucune abrogation expresse ou tacite du système de la transcription, les art. 1583, 2108, 2134, 2180, 2189, qui le supposent maintenu (2). Cette opinion cependant ne prévalut ni en doctrine ni en jurisprudence. Elle était en effet difficile à soutenir en présence de la loi du 30 ventôse an XII, abrogeant les lois antérieures sur les matières faisant

(1) Fenet, t. XV, p. 386. — Locré, t. XVI, p. 289.
(2) Sirey, V. 2,261.

l'objet du Code ; de la suppression de l'art. 91 du projet, et enfin de l'art. 2182 du Code qui repousse évidemment le système de la transcription ; et l'on admit que les articles qui semblaient y contredire étaient des distractions du législateur. Cette doctrine fut à peu près universellement admise (1).

158. —II. Ainsi, sous l'empire du Code, la simple convention transfère la propriété, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard des parties. Donc, à partir de la vente, le vendeur ne peut plus aliéner ni demembrer le bien qui lui a appartenu; entre deux acheteurs, celui-là l'emporte dont le contrat a le premier acquis date certaine ; enfin les créanciers du vendeur ne peuvent pas saisir l'immeuble, quoiqu'il soit encore en sa possession. En un mot, à partir de la vente, l'état du patrimoine de celui qui se dessaisit est fixé d'une façon absolue et à l'égard de tous.

La transcription n'était donc plus nécessaire pour consommer la translation à l'égard des tiers. Il ne faudrait pas croire cependant qu'elle n'eût plus dès lors d'applications possibles. Outre ses applications dans la matière des donations et substitutions (art. 939 et 1069), elle conserve encore une utilité dans les cas suivants : 1° elle conserve le privilège du vendeur (art. 2108) ; 2° elle sert de point de départ pour la prescription de l'hypothèque au profit du tiers détenteur (art. 2180) ; 3° elle constitue la première formalité de la procédure de purge ; 4° elle permet de requérir du conservateur un certificat valant purge à l'égard des hypothèques non mentionnées dans le certificat. Dans tous ces cas, le législateur a, comme il l'a fait si souvent ailleurs, oublié ses propres théories, et, en

(1) Nîmes, 14 juin 1807 (Sirey, IX, 2.31) ; Cass. 10 oct. 1810 (Sirey, III, 1.241) ; Poitiers, 7 juill. 1825 (S. XXV, 2.426).

dehors des donations, la transcription dans le Code n'offre guère d'autre utilité que l'intérêt du fisc.

159. — III. Le but principal de la transcription ayant une fois disparu de la loi, les transcriptions furent très peu fréquentes. Le Trésor fut le premier à en souffrir.

La régie voulut faire cesser cet état de choses en multipliant les transcriptions. Ce fut le point de départ d'une réforme importante. D'après le Code, les créanciers hypothécaires du vendeur qui ne s'étaient pas fait inscrire avant la vente de l'immeuble hypothèque ne pouvaient pas s'inscrire après. Cette disposition était rigoureuse, injuste même, quand la vente avait lieu peu de temps après la constitution de l'hypothèque et que le créancier n'avait pas eu le temps de prendre inscription. Ce fut pour parer à cet inconvénient que, sur les instances de la régie, l'art. 834 du Code de procédure accorda aux créanciers hypothécaires antérieurs à la vente le droit de s'inscrire jusqu'à l'expiration d'un délai de quinzaine après la transcription de l'acte de vente. Cette mesure, prise dans l'intérêt du Trésor, eut un heureux effet pour les tiers ; elle n'avait cependant qu'une portée limitée. La transcription, en effet, n'était nécessaire que pour arrêter le cours des inscriptions du chef des créanciers hypothécaires antérieurs à la vente. Ceci, remarquons-le, vient confirmer le système de l'abrogation par le Code de la loi de brumaire, puisque, même après le Code de procédure, le cours des inscriptions se trouvait déjà arrêté dès le moment même de la vente pour les créanciers hypothécaires postérieurs à cette date. L'art. 834 ne rétablit donc pas la transcription comme condition de transmission à l'égard des tiers, et ne rendit à cette formalité qu'une minime partie de son importance.

160 — Une loi de finances du 28 avril 1816 donna une satisfaction plus complète aux intérêts du Trésor en exi-

geant d'une manière générale la perception des droits de transcription, alors même que la formalité ne serait pas remplie, et en réunissant le droit proportionnel de transcription au droit d'enregistrement. Ainsi, le droit de mutation étant de 4 0/0, le droit proportionnel de transcription de 1,50 pour cent, la loi décida que le droit de mutation serait désormais de 5,50 pour cent; le droit de transcription était donc perçu au moment de l'enregistrement et confondu avec le droit de mutation.

161. — IV. Le Code avait donc fait un pas en arrière, et ce système de mutations clandestines devait à bref délai entraîner de graves inconvénients. Bientôt l'expérience vint justifier en pratique les critiques que les théoriciens adressaient à la loi. Prenons quelques espèces sur lesquelles sont intervenues bien des décisions judiciaires.

Un acquéreur se présentait pour acheter un immeuble : il vérifiait avec soin les titres du vendeur, les trouvait en règle, faisait la purge des hypothèques et payait; il devait se croire propriétaire paisible, quand tout à coup un acquéreur précédent se présentait avec un titre enregistré dans un bureau quelconque. La question de priorité se réduisant à une question de date certaine, le premier acquéreur évinçait le second, malgré la bonne foi de celui-ci qui n'avait eu aucun moyen de se prémunir (1). — Il pouvait même arriver qu'aucun changement matériel ne fût survenu dans l'état des choses ; par exemple le vendeur s'était réservé l'usufruit; il restait donc en possession, gardait les titres entre ses mains, et tout le monde pouvait le croire propriétaire. Puis il vendait son immeuble à un second acheteur qui payait sur le vu des titres et était évin-

(1) Nîmes, 11 juin 1807 (Sirey, IX, 2.31); Angers, 11 nov. 1818; Toulouse, 28 déc. 1821.

cé à la mort du vendeur (1). Enfin le prêteur le plus prudent n'avait pas plus de sûreté, même en se faisant constituer une hypothèque, car par une singulière conséquence la loi lui permettait de connaître les hypothèques antérieures qui pouvaient restreindre ou anéantir son droit, mais elle ne lui donnait aucun moyen de savoir si le débiteur était encore propriétaire de l'immeuble hypothéqué, et il reste exposé à se voir enlevé son gage par un acquéreur plus ancien, il est vrai, mais forcément inconnu de lui.

162. — Dès 1833 M. Troplong, dans son commentaire sur les hypothèques (2), avait fait valoir ces considérations et bien d'autres, et M. Dupin disait devant la Cour de cassation: « Celui qui achète n'est pas sûr de rester propriétaire; celui qui paye de ne pas être obligé de payer une seconde fois, et celui qui prête d'être remboursé ». A tous ces dangers, le meilleur, le seul remède était de rétablir la publicité des contrats.

Le gouvernement se décida enfin à tenter cette réforme. En 1841, il consulta à cet effet les Cours d'appels et les Facultés de droit du royaume. Vingt-deux cours sur vingt-sept, sept Facultés sur neuf, et la Cour de cassation se prononcèrent pour le rétablissement de la transcription. Mais ce projet ne reçut pas alors d'exécution. — En 1849, 1850 et 1851, le travail fut repris, et l'Assemblée législative, d'accord avec le gouvernement et le Conseil d'Etat, s'occupa d'un projet de loi ayant pour but la refonte du titre des privilèges et hypothèques, et rétablissant la transcription. Ce projet fut ajourné par les événements politiques. Une circonstance étrangère au premier abord à la transcription vint de nouveau la remettre en question. L'institution du Crédit foncier, décrétée le 28 février

(1) Cass. 25 juin 1816 (*Journal du Palais*, XVIII, p. 328).
(2) Troplong, *Hypothèques*, n° 894.

1852, nécessitait cette réforme. Cette société, destinée à assurer le crédit à la propriété, ne pouvait ni se former, ni prospérer sans un régime hypothécaire donnant aux prêteurs une sécurité complète. En 1853, le gouvernement présenta un nouveau projet pour le rétablissement de la transcription. Ce projet fut voté par le Corps législatif le 17 janvier, et sanctionné le 23 mars 1855. C'est cette loi que nous allons étudier, mais seulement dans celles de ses dispositions qui ont trait à notre matière, et en laissant de côté tout ce qui se rattache particulièrement au régime hypothécaire.

TITRE II

LA TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ D'APRÈS LA LOI DU 23 MARS 1855.

163. — Le législateur est parti de cette idée qu'il fallait mettre à jour l'état de la propriété foncière et rendre publiques ses modifications. Le moyen, c'est la transcription, c'est-à-dire la copie sur un registre public, tenu par le conservateur des hypothèques, de tous les actes qui, par concession, renonciation ou autrement, enlèvent ses droits au propriétaire ou les modifient notablement. « C'est le bureau des hypothèques, dit M. de Resbecq (1), qui vous donne la mesure du crédit que vous devez accorder à celui avec qui vous vous proposez d'entrer en relation d'affaires ; en d'autres termes, il vous fournit le bilan de la propriété, dans une certaine mesure toutefois. »

La loi nouvelle n'abroge point le principe des art. 711, 1138 et 1583 du Code civil. Ainsi, dans la vente par exemple, la propriété est transférée par la seule convention, non seulement entre les parties, mais encore, avant même toute transcription, à l'égard de toutes personnes autres que celles qui, en traitant avec le vendeur, ont acquis, de son chef, des droits réels sur l'immeuble vendu. — Ajoutons encore que si la transcription met le propriétaire dans l'impuissance d'aliéner ou de démembrer de nouveau l'im-

(1) De Resbecq, *Transmission entre vifs de la propr. foncière*, p. 85.

meuble, elle ne met pas à l'abri de toute atteinte les actes qu'elle se borne à faire connaître. L'acheteur peut n'avoir pas acquis du véritable propriétaire, son titre peut être nul pour défaut de formes, pour vices de consentement. La transcription ne pare pas à ces inconvénients, et c'est aux tiers à les prévoir par eux-mêmes, en vérifiant avec soin les titres de celui avec lequel ils contractent.

CHAPITRE PREMIER

DANS QUELS CAS EST EXIGÉE LA TRANSCRIPTION.

164. — Nous devons dire tout d'abord que nous n'avons pas l'intention de répondre à cette question d'une façon complète. Nous voulons seulement, suivant ici la même idée qui nous a servi de cadre jusqu'alors, étudier les actes *volontaires* soumis à transcription ; nous laisserons donc de côté tout ce qui, dans la loi de 1855, se rapporte aux mutations par jugements, ainsi bien entendu qu'aux droits réels.

SECTION PREMIÈRE

CONDITIONS POUR QU'IL Y AIT LIEU A TRANSCRIPTION.

165. — Le principe général est celui-ci : sont soumis à transcription tous actes entre-vifs, à titre onéreux, ayant pour objet l'établissement, la transmission ou l'abandon de droits immobiliers. Telle est la formule dont nous devons

d'abord expliquer les termes ; nous passerons en revue, dans la section suivante, quelques-uns des actes assujettis à la publicité, toujours au point de vue de la transmission de la propriété foncière.

166. — Doivent être transcrits :

1° *Tout acte entre vifs....* — Sont donc dispensées de transcription les dévolutions par décès, ce qui comprend la transmission par succession légitime ou testamentaire. Pour les successions légitimes, cette dispense est très juste. D'abord l'héritier continue la personne du défunt, « le mort saisit le vif, » et le soumettre à cette formalité serait violer le principe même. En second lieu ce serait un surcroît de frais sans utilité pour personne ; il n'y a en effet rien à craindre ici, puisque les héritiers doivent respecter les actes faits par le défunt de son vivant. Cette décision souffrit plus de difficultés lors de la discusion de la loi, en ce qui concerne les successions testamentaires. Plusieurs membres de la commission furent d'avis que, s'il était juste de ne pas assujettir à la transcription l'héritier légitime qui continue la personne du défunt, et dont le droit s'établit publiquement en vertu de la loi, il fallait par contre y soumettre le légataire : « Si les testaments restent occultes, disait-on, rien ne révèle au public le droit du légataire ; les tiers pourront être trompés par une vente que leur consentira l'héritier légitime, propriétaire apparent que la loi institue publiquement et que le testament déshérite en secret. La revendication des légataires viendra ainsi dépouiller des acquéreurs de bonne foi ».

D'autres répondaient que le droit du légataire ne peut dépendre d'une formalité qu'il lui sera très souvent impossible de remplir. Il n'est point partie au testament comme l'acheteur à la vente, et l'héritier du sang se gardera plus d'une fois de mettre entre les mains du légataire la preuve de son droit. Enfin, dans le système contraire, il faudrait

un délai pour transcrire. A partir de quel moment le fera-t-on courir? Serait-ce à partir du décès ou à partir de la connaissance acquise du testament? En définitive, le droit du légataire et l'exécution des dernières volontés du testateur se trouveraient à la merci de l'héritier intéressé à leur caducité. Ces considérations firent rejeter la transcription des testaments.

167. — 2° *A titre onéreux.* — Ces mots, qui d'ailleurs ne se trouvent point dans le texte de la loi, ne veulent point dire que les actes à titre gratuit sont dispensés de transcription, mais simplement que ces actes sont en dehors de son application. « Il n'est point dérogé, dit l'art. 11, aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre; elles continuent à recevoir leur exécution. »

168. — 3° *Translatifs de propriété immobilière.* — Quel est ici le sens de ces mots : *propriété immobilière?* Ces termes comprennent: 1° la pleine propriété d'un immeuble, celle du dessus et du dessous, suivant l'art. 552 du Code civil ; 2° la propriété superficiaire, du dessus seulement, telle que la propriété des divers étages d'une maison, sans celle du sol (C. C. art. 664), ou des diverses constructions élevées sur un terrain du domaine public ; 3° la propriété acquise sous le sol ou les bâtiments d'autrui (art. 553, C.C.); 4° la propriété des mines concédées par le gouvernement, fût-ce même au propriétaire de la surface, la mine formant en effet une propriété immobilière distincte de celle du sol de la surface, et susceptible d'hypothèque (1) ; 5° les actions immobilisées de la Banque de France (2). (Nous ne parlons plus des actions des canaux d'Orléans et du Loing,

(1) Loi du 21 avril 1810, art. 8, 19, 21.
(2) Décret du 16 janv. 1808.

qui ont été rachetées). Ces actions sont en effet susceptibles d'hypothèque, et, comme telles, sont soumises à la loi de 1855.

169. — L'acte par lequel un propriétaire vend, soit une récolte de fruits pendante par branches ou par racines, soit une coupe de bois tenant encore au sol, soit les matériaux d'une maison à démolir, soit des matières minérales non encore extraites, mais destinées à l'être, est-il soumis à transcription? La question revient à celle-ci : le droit cédé est-il mobilier ou immobilier? La jurisprudence décide avec raison que le droit est mobilier. L'objet du droit est en effet mobilier, car vendre des choses destinées à être détachées d'un immeuble auquel elles sont adhérentes, c'est les vendre dans les conditions où elles seront quand elles seront détachées, c'est en un mot vendre des meubles futurs. Diverses lois ont fait d'ailleurs l'application de cette idée : la loi du 22 frimaire an VII frappait ces ventes des mêmes droits que les ventes mobilières, et, d'après l'art. 1^er^ de la loi du 5 juin 1851, les ventes publiques volontaires, à terme et au comptant, de fruits ou de récoltes pendant par racines, rentrent non plus seulement dans les attributions des notaires, mais encore dans celles des commissaires-priseurs, huissiers et greffiers de justice de paix, comme toutes les autres ventes mobilières. La cession des droits mentionnés ci-dessus n'est donc pas assujettie à transcription.

170. — Quant aux immeubles par destination, ils ne peuvent, en cas d'aliénation, être soumis à la transcription, car dès qu'ils sont détachés de l'immeuble dont ils font partie, ils perdent leur caractère immobilier.

171. — Que décider des immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent, notamment des actions immobilières tendant à revendiquer un immeuble ; une cession d'action en revendication, en nullité ou en rescision doit-elle être

transcrite ? L'affirmative est, selon moi, certaine. Il serait en effet bien subtil de dire que ce qui est cédé dans l'espèce, ce n'est pas l'immeuble, mais l'action, et d'établir une distinction entre l'action elle-même, et le droit qu'elle a pour objet de faire reconnaître ; celui qui possède une action pour recouvrer un immeuble est censé posséder l'immeuble lui-même.

SECTION II

ACTES SOUMIS A LA TRANSCRIPTION.

172. — Après avoir examiné quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à transcription, il nous faut étudier dans quels cas ces conditions se rencontrent, c'est-à-dire quels sont les principaux actes volontaires translatifs assujettis à transcription.

§ I. — *Vente.*

173. — La vente est le principal et le plus usité des contrats. « C'est, dit Flandin (1), celui en vue duquel la transcription a été établie » ; il doit donc occuper ici la première place. — Elle peut être pure et simple, ou affectée de diverses modalités que nous allons passer en revue.

174. — 1° *Vente pure et simple.* — La vente pure et simple, quand il s'agit d'immeubles, transfère le plus souvent par elle-même la propriété entre les parties, car elle porte en général sur un objet certain. En ce cas elle doit évidemment être transcrite. S'il s'agissait d'un immeuble

(1) Flandin, *Transcription*, t. I, n° 58.

déterminé actuellement quant à sa situation, la vente ne transférerait pas par elle-même la propriété à l'acheteur, il faudrait la livraison, mais l'acheteur ne serait propriétaire à l'égard des tiers, même après la livraison, que du jour de la transcription de son acte. Là dessus pas de difficultés. Les mêmes règles s'appliquent à la vente à terme (1).

175. — 2° *Vente conditionnelle.* — La vente sous condition suspensive devra-t-elle être transcrite ? L'affirmative est généralement admise. Sans doute la propriété n'est pas encore déplacée, mais l'acheteur a dès maintenant un droit immédiat à la chose ; la condition s'accomplissant aura un effet rétroactif, et tous les droits qui auraient été consentis par le vendeur entre le contrat et sa réalisation s'évanouiront. Il faut donc que les tiers qui, dans cet intervalle, seraient tentés de traiter avec le vendeur, soient avertis de l'incertitude de son droit, d'autant plus que, celui-ci restant toujours en possession, aucun fait extérieur ne viendra révéler le changement survenu dans la propriété. Ajoutons que l'art. 1180 du Code autorise l'acquéreur à exercer, avant que la condition soit accomplie, tous les actes conservatoires de son droit ; la transcription est évidemment un acte conservatoire. Bien entendu, l'effet de la condition ne remontera à l'égard des tiers qu'au jour de la transcription (2).

Une nouvelle transcription sera-t-elle nécessaire à l'accomplissement de la condition pour prévenir les tiers de sa réalisation ? A première vue l'affirmative paraît assez fondée, car les tiers ne sont pas censés savoir si la condition est ou non réalisée. Mais, en somme, les tiers sont avertis une fois pour toutes ; s'ils veulent le savoir, qu'ils s'en

(1) C. C. Art. 1185.
(2) Flandin, I, n° 87. — Mourlon, I, 34. — Troplong, n° 54.

informent ; on transcrit des actes, non des faits. Dans la loi, d'ailleurs, rien ne prouve la nécessité d'une pareille transcription.

176. — Les règles que nous avons tracées pour la condition suspensive sont les mêmes pour la vente faite moyennant un prix laissé à l'arbitrage d'un tiers dont les parties conviennent (art. 1592, C. C.). C'est en effet une vente sous la condition que le tiers voudra et pourra fixer le prix et qu'il le fixera.

177. — 3° *Vente alternative.* — L'acheteur, dans une vente alternative, a-t-il intérêt à faire transcrire son titre avant l'option? Cette question dépend de celle de savoir si la vente alternative opère dès l'instant du contrat mutation de propriété, ou si elle ne donne à l'acheteur qu'un droit de créance qui ne se convertira en droit de propriété que lorsque le choix aura été fait.

Dans un premier système (1), l'acheteur n'a jusqu'à l'option qu'un droit de créance. En effet : 1° l'art. 1138 ne s'applique qu'aux choses déterminées; or, ici l'objet de l'obligation ne l'est pas et ne peut l'être, car le caractère essentiel de l'obligation alternative, c'est l'indétermination de l'objet; 2° les travaux préparatoires ne laissent aucun doute à cet égard (2).

Une seconde opinion, plus générale et plus rationnelle, croyons-nous, donne à l'acheteur la propriété immédiate des choses dues sous la condition suspensive qu'il les recevra en paiement. En effet : 1° la vente alternative n'est que la combinaison de deux ventes sous condition suspensive, telles que l'accomplissement de la condition de l'une fasse défaillir la condition de l'autre ; 2° il y a, il est vrai, incertitude dans l'objet du contrat, mais cet objet n'est pas

(1) Larombière, *Obligations*, t. III, art. 1193, — 1194, n° 2.
(2) Fenet, t. XIII, n° 246.

indéterminé dans le sens où l'entend la loi ; légalement on entend par objet indéterminé un genre, une chose désignée seulement quant à son espèce ; ici il y a deux choses en présence, toutes deux déterminées ; ce qui est indéterminé, c'est la volonté de celui des contractants qui choisira l'une ou l'autre ; 3° l'art. 1138 est général ; il doit donc s'appliquer à toute obligation de livrer une chose, à moins qu'il n'y ait de texte contraire ou que la nature de l'obligation ne s'y oppose ; de texte, il n'en existe pas, et d'obstacle venant de la nature de l'obligation, pas davantage. Si la propriété peut-être conditionnelle, elle peut bien être aussi alternative. 4° Enfin, ce système protège l'acquéreur contre l'insolvabilité ou la mauvaise foi du vendeur, au point de vue qui nous occupe, il lui permet de faire utilement la transcription de son titre, même avant que le choix ait été fait ; peu importe que le choix appartienne à l'acheteur ou au vendeur ; dans le premier cas, l'acheteur sera protégé contre tous les droits dont le vendeur aurait pu grever la chose ; dans le second, la transcription anéantira tous les droits qui seraient venus frapper l'immeuble du chef du vendeur, après que celui-ci a usé de son droit d'option (1).

178 — Si la vente alternative comprend un meuble et un immeuble, la transcription serait néanmoins nécessaire pour garantir l'acheteur, au cas où le choix viendrait à porter sur l'immeuble. Du reste, si le vendeur a le droit de choisir et qu'il ait consenti des droits sur l'immeuble, les créanciers hypothécaires ou privilégiés sur cet immeuble, ou les tiers acquéreurs, pourront sans doute obliger leur auteur à choisir le meuble comme objet de la vente,

(1) Aubry et Rau, t. II, n° 209. — Colmet de Santerre, t. V, n° 115 *bis*, VI.— Demolombe, *Obligations*, t. III, n° 19. — Flandin, *Transcr.*, I, n° 105 et suiv. — Berger, *Transcription*, n° 34.

si, bien entendu, la transcription faite par l'acheteur sans alternative a eu lieu avant la publicité donnée à leur droit. Ceci nous semble résulter de l'art. 1167 (1).

179. — 4° *Vente sous condition résolutoire.* — Cette vente doit évidemment être transcrite, car la propriété est dès à présent transférée, et si la condition prévue ne se réalise point, la propriété se trouvera consolidée sur la tête de l'acheteur. Tel est le cas de la vente à réméré (2). De même que pour la condition suspensive, une transcription nouvelle n'est pas nécessaire lorsque la condition résolutoire s'accomplit ; la première doit être pour les tiers un avertissement suffisant ; du reste le vendeur n'acquiert pas une nouvelle propriété, il recouvre l'ancienne (3). Cependant la loi aurait avec assez de raison, je crois, pu exiger qu'il fût fait mention de la résolution en marge de la transcription, sous la seule sanction d'une amende. Cette mention est prescrite au cas où la résolution est prononcée en justice ; on eût donc pu l'exiger aussi en cas de résolution amiable.

180. — 5° *Promesses de vente.* — Soit d'abord une promesse synallagmatique, c'est-à-dire une promesse de vendre acceptée avec promesse réciproque d'acheter ; cette convention est-elle translative dès à présent de propriété et comme telle assujettie à transcription, ou simplement productive d'obligations ? « La promesse de vente *vaut vente,* dit l'art. 1589, lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix. » Cet article a l'air bien clair à première vue, et il semble qu'il faudrait beaucoup chercher pour trouver qu'il signifie précisément que la promesse de

(1) Flandin, I, n° 112.
(2) Flandin, I, 84. — Verdier, I, 76.
(3) Flandin, I, 85. — Mourlon, I, 34. — Verdier, I, 77.

vente ne vaut pas vente. On a cherché et on est arrivé au système suivant :

Cet article ne veut pas dire que la promesse de vente constitue, dès maintenant, une véritable vente et opère translation immédiate de propriété ; elle vaut vente en ce sens, qu'en cas de refus d'une des parties d'exécuter son engagement, l'autre a droit d'obtenir non seulement des dommages-intérêts contre elle, mais encore un jugement la forçant à exécuter la vente dans un certain délai, après lequel cette vente sera, faute d'exécution volontaire, réputée conclue. C'était dans l'ancien droit, très divisé d'ailleurs sur la question, le système de beaucoup d'auteurs, notamment de Ferrières qui emploie précisément cette formule : « Promesse de vente vaut vente » (1). Il est vrai que les principes de la vente ne sont plus les mêmes que dans l'ancien droit ; mais, a soin d'ajouter Toullier, ce nouveau principe ne doit pas réagir dans notre controverse. Cette théorie est d'ailleurs parfaitement rationnelle et conforme à l'intention des parties ; celles-ci n'ont pas voulu vendre dès à présent, mais seulement prendre l'engagement de vendre et d'acheter à une époque postérieure, et le système contraire, en faisant de cette promesse une vente présente, irait directement contre cette intention (2).

181. — A ce système, on peut facilement répondre 1° Dans l'ancien droit, la vente était créatrice d'obligations ; dans le droit actuel, elle est translative de propriété ; la promesse de vente équivalait, Ferrières a raison, à l'ancienne vente créant des obligations ; elle équivaut aujourd'hui à la vente actuelle transmettant la propriété ;

(1) Ferrières, v° *Promesses de vente.*

(2) Troplong, *Transcr.*, n° 52 ; *Vente*, I, n° 130. — Marcadé, art. 1589. — Toullier, t. IX, n° 92. — Verdier, I, 48 et 49.

« Décider le contraire, dit Mourlon, c'est passer sans le voir par-dessus l'art. 1583 de notre Code et prendre pour bases de ses décisions une législation qui n'est plus (1). » 2° Dans l'ancien droit même, en une foule d'actes, on trouvait les expressions : les parties *promettent* et s'*engagent* au lieu de : *vendent* et *achètent*, et par là elles entendaient conclure immédiatement un contrat de vente ; le Code n'a fait que traduire des expressions fort usitées alors (2). 3° Les travaux préparatoires répètent à plusieurs reprises que les promesses de vente ont toute la force et produisent tous les effets d'une vente véritable (3). 4° Le texte de l'art. 1589 est clair ; la promesse de vente vaut vente, et il faut avoir une idée préconçue pour l'entendre autrement. 5° Pourquoi d'ailleurs forcer l'acheteur à avoir recours à un jugement pour faire constater son droit ? Il est bien plus simple de déclarer immédiatement la vente conclue. On admet dans le système contraire que le propriétaire s'engage à transférer plus tard la propriété ; il n'y a pas d'injustice à l'en dessaisir dès maintenant, puisqu'il ne peut plus en disposer (4).

Donc, celle des parties qui a promis d'acheter a un grand intérêt à faire transcrire l'acte qui constitue la promesse de vente, puisque la vente est censée conclue. — Il est évident que notre système ne s'appliquerait plus, si les parties avaient formellement exprimé une intention contraire.

182. — Examinons ensuite les promesses unilatérales, dans lesquelles une des parties offre de vendre, et l'autre accepte cette promesse sans s'engager à acheter,

(1) Mourlon, *Transcr.*, I, n° 31.
(2) Bugnet sur Pothier, *Vente*, partie v, ch. 1.
(3) Fenet, t. XIV, p. 153 et 189.
(4) Duranton, t. XVI, n° 51. — Mourlon, I, 31. — Flandin, I, 69. — Trib. d'Agen, 20 juill. 1878. Dalloz, 80, 3, 120.

ou réciproquement. La promesse d'acheter, non accompagnée de celle de vendre, ne fait naître de la part de l'acheteur qu'une obligation conditionnelle et aucune de la part du vendeur ; elle ne peut donc être transcrite; on ne devra transcrire que la vente qui aura lieu plus tard en exécution de cette promesse (1). Pour la promesse de vendre sans celle d'acheter, certains auteurs y voient une vente conditionnelle, soumise dès lors à transcription (2). Je croirais plutôt, avec la majorité de la doctrine, que cette promesse n'est qu'une obligation de faire, ne donnant naissance qu'à une créance ; quand l'acheteur aura manifesté sa volonté d'acheter, le vendeur devra passer acte de vente. Cette solution, au point de vue pratique, me paraît plus conforme à l'intention des parties et donne à celui qui a promis de vendre la facilité, s'il y a intérêt, d'aliéner valablement tant que l'autre partie n'a pas déclaré se porter acheteur (3).

183. — 6° *Vente annulable.* — Une vente annulable pour cause d'incapacité, dol, violence ou erreur, devra, je crois, être transcrite ; quoique infectée d'un vice, elle est translative de propriété, existe tant qu'elle n'est pas annulée, et même devient valable, si elle n'est pas attaquée dans un certain délai. Mais, dit-on, à quoi sert la transcription ? Si le vendeur ratifie, ce ne peut être que sauf les droits des tiers (art. 1338). S'il ne ratifie pas, la transcription sera sans objet. — Depuis 1855, le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, tant que le contrat de vente n'a pas été porté à leur connaissance. — Primus, mineur, vend son domaine à Secundus qui fait transcrire ; devenu majeur, il

(1) Troplong, *Transcr.*, n° 52.
(2) Mourlon, *Transcr.*, II, n° 39.
(3) Aubry et Rau, t. II, § 209. — Laurent, *Pr. de dr. civil*, t. XXIV, n° 14. — Flandin, I, 61 et 62.

revend le même immeuble à Tertius, qui ne transcrit pas ; enfin, il ratifie la première vente. Tertius soutient qu'il est un tiers au sens de l'art. 1338, et que son droit doit rester intact malgré toute ratification. Nous déclarerons, sous la nouvelle loi, sa prétention mal fondée ; il a été en effet imprudent en achetant une chose déjà vendue par Primus à Secundus, et la transcription du titre de ce dernier lui a fait connaître la position de son vendeur ; il devait savoir que celui-ci pouvait ratifier la première vente. Donc, Secundus, qui a fait transcrire, l'emporte sur Tertius, qui ne s'est pas conformé à la loi (1).

Mais l'acte de ratification devra-t-il être transcrit ? La question est très discutée ; j'admettrais la négative. La ratification, en effet, n'est pas translative d'un nouveau droit de propriété ; elle consolide seulement celui qui a été transmis et le rend inattaquable, en ce sens qu'elle constitue une renonciation à l'action en nullité qui le frappait. — Les tiers, par la transcription de la vente, ont connu l'aliénation et sont ou doivent être en sûreté. D'ailleurs l'incapable, au lieu de ratifier expressément, pourrait le faire tacitement, en laissant passer les délais à lui donnés pour attaquer l'acte ; cette ratification tacite ne serait évidemment pas soumise à transcription ; pourquoi dès lors y soumettre la ratification expresse (2) ?

184. — Quant à la vente, non pas seulement annulable, mais frappée d'une nullité absolue, la transcription qui a pu avoir lieu ne produit aucun effet, puisque la propriété n'a pas été transmise (3).

(1) Troplong, *Transcr.*, n° 174. — Verdier, I, 67. — Flandin, I, n° 115.

(2) Larombière, *Oblig.*, t. IV, n°s 57 à 59. — Flandin, I, 116, 468 et S. — Aubry et Rau, t. II, § 202, p. 301. — *Contrà*, Mourlon, t. I, 125 et 126. — Verdier. I, 67.

(3) *Contrà*, Flandin, 480 et 481.

185. — 7° *Vente par mandataire.* — Si la vente a été conclue par un mandataire parlant au nom du vendeur ou de l'acheteur, la vente doit évidemment être transcrite ; mais doit-on transcrire en même temps la procuration en vertu de laquelle a agi le mandataire ? Non, la loi ne le prescrit pas, et avec raison, car c'est la vente et non la procuration qui transfère la propriété : il faut d'ailleurs que l'acte de mutation fasse mention de la procuration. Cette solution était déjà admise sous la loi de brumaire (1).

186. — 8° *Vente par gérant d'affaires.* — La vente par gérant d'affaires, qui se rapproche par certains côtés de la vente par mandataire, en diffère en un point essentiel ; elle n'est jamais parfaite dès l'instant où le gérant a contracté ; elle n'acquiert force entière et complète que par la ratification.

Supposons d'abord que le gérant d'affaires ait agi au nom et pour le compte de l'acheteur ; il y a là une vente conditionnelle dont la condition est la ratification de l'acheteur. C'est une sorte de promesse unilatérale de vendre, un consentement donné par le vendeur et accepté par le gérant pour le compte du maître ; le vendeur est dès maintenant dépouillé de la propriété sous la condition de la ratification du maître, et, d'après le principe que la condition accomplie rétroagit au jour de l'engagement, la transcription sera nécessaire dès le moment de la vente, pour garantir l'acheteur contre les droits que pourrait consentir le vendeur sur l'immeuble, avant la ratification (2). — Mais il n'est pas nécessaire de transcrire la ratification, d'abord parce qu'elle n'est pas translative de propriété,

(1) Cour de cass. 27 nivôse an XII; Merlin, *Quest. de droit*, v° *Transcription.* — Flandin, I, 119, § 3, n° 2. — Verdier, I, 55.

(2) Flandin, I, 127. — Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 63 et s. — *Contrà*, Laurent, *Pr. de dr. civil*, XXIX, § 59. — Aubry et Rau, t. II, § 209.

qu'elle ne fait que consolider, puis parce que les tiers sont suffisamment avertis par la transcription de la vente.

187. — Le gérant d'affaires a agi au nom du vendeur. — Ici la question est assez vivement discutée.

1er *Système.* — Celui dont la chose a été vendue sans mandat de sa part conserve d'une manière absolue son droit de propriété dont il ne se trouve dépouillé que par sa ratification. Le gérant d'affaires n'ayant aucun droit sur l'immeuble vendu, l'acheteur n'a pu en acquérir ; dès lors quelle utilité aurait la transcription d'un acte nul? Le propriétaire pourrait même, comme le remarquent MM. Aubry et Rau, demander au tiers acquéreur la radiation de cette transcription avec des dommages-intérêts. — Mais si, trouvant la vente avantageuse pour lui, il la ratifie, c'est cette ratification qui le dessaisit de sa propriété à l'égard de l'acheteur, et ceci sans rétroactivité, puisque, avant la ratification, la vente n'existait pas, même à l'état de vente conditionnelle. — Il faut donc transcrire la ratification, et au moment de cette transcription, l'acheteur acquerra, à l'égard des tiers, la propriété qu'il a acquise à l'égard du vendeur lors de la ratification (1).

2e *Système.* — La gestion d'affaires ratifiée est, au point de vue de la transmission de la propriété, un véritable mandat « *ratihabitio mandato æquiparatur* ». C'est l'acte du gérant qui a dessaisi le vendeur, et la ratification dépouille rétroactivement le maître au jour du contrat, et le droit de l'acheteur remonte à cette date ; dès lors pourquoi cette vente, qui, si elle est ratifiée, sera la cause réelle du transfert de la propriété, ne pourrait-elle être transcrite (2)?

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 288, § 209. — Laurent, t. XXIX, n° 60 — Flandin, I, 125 et s. — Mourlon, I, 32.

(2) Labbé, *op. cit.* — Verdier, I, n° 60.

A cela nous répondrons : d'abord parce que cela ne servirait à rien, car le vendeur n'aura, pour maintenir les droits qu'il aurait consentis avant la ratification, qu'à ne pas ratifier la gestion d'affaires ; puis parce que, avant la ratification, il n'y a pas droit, même conditionnel, à la propriété de la chose, il n'y en a aucun.

188. — A la vente nous rattacherons l'échange, qui est aussi un acte translatif, et la dation en paiement, qui présente avec la vente de grandes analogies; on peut surtout citer comme cas de dation en paiement ceux énumérés par l'art. 1595 du Code, comme exception à la prohibition des ventes entre époux. — Dans tous ces cas, la transcription sera nécessaire.

§ II. — *Société.*

189. — Lorsqu'un associé a promis la propriété d'un immeuble, la société en devient propriétaire par le seul effet de la convention ; le contrat de société doit donc être transcrit, comme contenant une translation de propriété. — Cette solution d'ailleurs est indépendante de la question de savoir si les sociétés sont ou non personnes morales : l'immeuble apporté par l'associé devient, soit la propriété de la société, soit celle de tous les associés qui sont dans l'indivision relativement à cet immeuble ; il cesse d'être sa propriété exclusive. Ceci ressort des art. 1843 et 1845 du Code civil.

§ III. — *Contrats de mariage.*

190. — Les contrats de mariage doivent évidemment être transcrits s'ils contiennent une des mutations pour lesquelles la loi a édicté la nécessité de la publicité. Ce

principe général est évident, mais la question est plus délicate en ce qui concerne les avantages qui résultent de l'adoption par les époux de telle ou telle convention matrimoniale. Nous allons parcourir quelques hypothèses.

191. — 1° *Communauté légale*. — Si les époux ont accepté la communauté légale sans la modifier, il ne saurait être question de transcription ; mais les parties peuvent modifier le régime légal d'une foule de manières. Citons les principales.

192. — 2° *Ameublissement*. — La loi et les auteurs après elle distinguent plusieurs espèces d'ameublissements : — L'ameublissement général, par lequel un époux apporte tous ses immeubles à la communauté ; il se confond avec la communauté universelle que nous étudierons plus loin ; — l'ameublissement déterminé parfait, consistant dans l'apport plein et sans réserve d'un ou de plusieurs immeubles dans la communauté ; — l'ameublissement déterminé imparfait, qui porte sur un ou plusieurs immeubles, mais seulement jusqu'à concurrence d'une certaine somme ; — l'ameublissement indéterminé, par lequel ou apporte tous les immeubles jusqu'à une certaine somme. Remarquons en passant que l'ameublissement indéterminé et déterminé imparfait sont à peu près analogues dans leur nature et identiques dans leurs effets.

193. — *a*. L'ameublissement déterminé parfait fait passer l'immeuble qui en est frappé du patrimoine de l'époux dans celui de la communauté ; le mari peut l'aliéner et l'hypothéquer (art. 1507, C. civ), il y a donc mutation et par suite transcription. Peu importe que l'ameublissement émane du mari ou de la femme, car, dans le cas même où il est fait par le mari, la femme acquiert au moins ici un droit indivis dans le bien ameubli, que l'on considère ou non la communauté comme personne morale

distincte de celle des époux. — Mais quelle sera l'utilié pratique de cette transcription ?

194. — Pour les droits consentis par l'époux ameublissant antérieurement au mariage, elle est inutile. Les dettes mobilières, antérieures au mariage tombent en effet dans la communauté (art. 1409, C. civ., § 1). Celle-ci succède à l'obligation de garantie dont était tenu l'époux, et doit dans tous les cas respecter l'aliénation, quoique non transcrite ; en opposant le défaut de transcription, elle pourrait garder l'immeuble, mais à charge de payer les dommages-intérêts auxquels était soumis l'époux vendeur. — Donc, que l'aliénation soit ou non publiée, la communauté se trouve dans la même situation. — Pendant le mariage, la transcription ne présente guère plus d'utilité. Si c'est la femme qui a ameubli, elle ne peut constituer de droits valables et obliger la communauté sans l'autorisation de son mari ou de justice (1). Si c'est le mari, ses droits étant les mêmes, qu'il s'agisse d'un immeuble commun ou d'un propre (art. 1421, C. civ.), il peut encore consentir, durant le mariage, des droits à titre onéreux.

195. — Supposons maintenant la communauté dissoute et non liquidée. Avant le partage, le mari aliène un immeuble ameubli par lui ; la femme sera obligée de subir cette aliénation, si l'ameublissement d'où est né son droit indivis n'a pas été transcrit ; la femme en effet est un tiers vis-à-vis des acquéreurs postérieurs à la dissolution de la communauté. — Si l'on suppose le partage opéré et l'immeuble ameubli par le mari entré dans le lot de la femme, l'intérêt est le même ; c'est, non le partage, acte simple-

(1) Il faudrait, pour que la transcription fût utile, supposer le cas où la femme, poursuivie pour un délit, serait condamnée à une peine pécuniaire par jugement emportant hypothèque sur ses immeubles. Cette hypothèque grèverait l'immeuble ameubli, s'il n'y avait pas eu transcription.

ment déclaratif, mais le contrat de mariage relatant l'ameublissement qui investit la femme.

Il en est de même pour l'ameublissement consenti par la femme; elle recouvre, la communauté dissoute, toute sa capacité, et vis-à-vis des tiers, est propriétaire de l'immeuble : tant que la transcription n'en a pas été faite, elle peut donc consentir des aliénations opposables aux héritiers du mari (1).

196. — *b*. Si l'ameublissement est déterminé imparfait, ou indéterminé, la transcription immédiate du contrat de mariage est sans objet. D'abord un pareil ameublissement ne confère par lui-même à la communauté aucun droit de propriété, ni actuel ni éventuel; il oblige seulement l'époux à comprendre dans la masse commune, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise; or, cette obligation qui ne doit s'exécuter qu'après la communauté dissoute, ne peut lui conférer un droit de propriété sur les immeubles qui seront compris au partage. En second lieu, la faculté d'hypothéquer n'est pas un droit susceptible d'hypothèque. Il pourra sans doute, comme le remarquent MM. Aubry et Rau, arriver que les immeubles ainsi versés dans la masse par l'un des époux tombent au lot de l'autre; mais cette mutation de propriété ne sera que le résultat de leur apport effectif à la masse et du partage qui l'a suivi, et non un effet direct et nécessaire de l'ameublissement. — Nous admettrions, dans ce cas, que la transcription de la clause d'ameublissement est nécessaire, mais voici en quel sens : Cette transcription ne produira pas d'effet dans le passé jusqu'au jour du partage; elle serait donc inutile avant, mais elle sera très utile pour

(1) Mourlon, I, nº 49. — Flandin, 274 à 276. — Verdier, 133. — Aubry et Rau, t. II, p. 192, § 209. — *Contrà*, Troplong, nºs 64 à 67.

l'avenir. On pourrait aussi faire transcrire utilement l'acte de liquidation (1).

Nous avons dit que l'ameublissement indéterminé n'était au fond qu'un ameublissement déterminé imparfait, comme l'ameublissement général une variété de la communauté universelle et une sorte d'ameublissement déterminé parfait. — Nous n'insistons donc pas sur ces deux points.

197. — 3° *Communauté à titre universel.* — Cette clause, assez rare d'ailleurs dans la pratique, est évidemment sujette à transcription ; les immeubles deviennent acquêts de communauté, de là toutes les conséquences que nous avons vues à propos de l'ameublissement déterminé parfait.

§ IV. — *Remplois.*

198. — Le remploi est, on le sait, l'acquisition au cours du mariage d'un bien avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre d'un des époux ; ce bien se trouve substitué au propre aliéné. Nous ne nous occupons ici que du remploi fait au profit de la femme, celui au profit du mari n'offrant pas de difficulté.

199. — Prenons donc l'hypothèse suivante : le mari aliène un immeuble propre de sa femme, il en touche le prix qu'il consacre à l'acquisition d'un autre immeuble ; il déclare dans l'acte d'acquisition, conformément à l'article 1435 du Code civil, que l'immeuble est acquis de deniers provenant de la vente d'un propre de la femme et pour lui servir de remploi. Pour que ce remploi soit valable, il faut qu'il soit accepté par la femme (art. 1436). Pas de

(1) Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 292, note 25. — Cf. Mourlon, t. I, n° 49. — Colmet de Santerre, *De l'ameublissement.* — *Contrà*, Flandin, t. I, n° 285.

difficulté si la femme accepte dans l'acte même d'acquisition : l'acte d'acquisition devra évidemment être transcrit et l'acceptation le sera par là-même. La question est plus délicate, si l'acceptation de la femme a lieu plus ou moins longtemps après l'acte d'acquisition et par acte séparé. Cet acte devra-il, comme l'acte de vente, être assujetti à transcription ? Cette question se rattache à cette autre : quelle est la nature et quels sont les effets du remploi ? Deux principaux systèmes se sont produits à ce sujet.

200. — 1er *Système*. — Le mari qui achète un immeuble en faisant les déclarations prescrites par l'art. 1435 acquiert pour lui seul la propriété de l'immeuble ; ces déclarations ne concernent que ses rapports entre lui et sa femme, elles ne constituent que l'offre d'une vente ou d'une *datio in solutum* qu'il lui fait et qu'il peut révoquer au gré de son intérêt. Les conséquences pratiques de ce système sont donc les suivantes : l'acceptation de la femme n'a pas d'effet rétroactif ; elle fait seulement, le jour où elle a lieu, passer le bien du domaine du mari dans celui de la femme ; — il y a deux mutations de propriété, l'une du vendeur au mari, ou à la communauté ; l'autre du mari à la femme ; — le mari peut, en aliénant l'immeuble avant que la femme n'ait accepté, révoquer implicitement ou restreindre cette offre de remploi, et la femme devra respecter tous les droits consentis entre l'achat et son acceptation ; — deux transcriptions seront nécessaires, transcription de l'acte de vente, pour prévenir les tiers que le vendeur est désormais dépouillé de la propriété de l'immeuble et arrêter les droits qu'il pourrait consentir ; transcription de l'acceptation du remploi, afin de leur apprendre que l'immeuble est sorti de la communauté et entré dans le patrimoine de la femme, et mettre obstacle aux droits que pourrait consentir le mari postérieurement à l'acceptation de la femme.

201. — Si le mari, dit-on, peut, en vertu de l'art. 1595, 2° payer la dette dont la communauté est tenue envers la femme avec un de ses immeubles propres, il peut à plus forte raison payer cette dette en cédant à celle-ci un immeuble de la communauté. — Il y a du reste entre les art. 1434 et 1435 une connexité étroite ; ces deux articles exigent, pour le remploi, qu'il soit fait par le mari ou par la femme les mêmes conditions de la part du mari ; or, ajoute-t-on, il est certain que quand il s'agit du remploi fait au profit du mari, ces conditions n'ont aucun trait aux rapports du mari et du vendeur ; elles n'ont pour objet que d'établir à l'avance le règlement que les époux auront à faire à la dissolution de la communauté. Dès lors pourquoi donner une solution différente dans le remploi fait par le mari au profit de la femme ? — Le vendeur n'a pas entendu se mettre en rapport avec la femme de son acheteur, laquelle ne joue aucun rôle dans le contrat ; encore moins a-t-il à se préoccuper des rapports des époux entre eux ultérieurs à la vente ; les déclarations de remploi lui sont complètement étrangères et ne peuvent avoir de portée à son égard, il ne connaît que celui avec lequel il traite, le mari. — Enfin il est utile que les tiers soient prévenus, pour les empêcher de traiter avec le mari et de voir ensuite leurs droits résolus par l'acceptation de la femme. — Ajoutons que Tronchet dit, dans les travaux préparatoires, en parlant de l'immeuble acquis en remploi : « Il est conquêt de communauté, tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné le caractère de propre (1) ». Donc, jusque-là, le mari peut en disposer et révoquer l'offre qu'il en fait à la femme (2).

(1) Fenet, XIII, 568.

(2) Toullier, t. XII, n° 360. — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, t. I, n° 512. — Troplong, *Contrat de mariage*, n° 1135 et suiv. — Marcadé, t. V, p. 473. — Flandin, I, n° 309. — Mourlon, I, n° 57.

202. 2e *Système.* — Le remploi s'analyse, non point en une dation en paiement intervenue entre le mari et la femme, en une offre faite par celui-ci, mais en une gestion d'affaires; il se ramène à un achat alternatif ou deux achats conditionnels. Le mari achète pour lui-même, puisqu'il figure en son propre nom ; pour sa femme, puisqu'il déclare dans l'acte que les deniers proviennent de l'aliénation d'un propre de celle-ci et pour servir de remploi. Si la femme n'accepte pas l'achat, le mari reste acheteur définitif ; si elle accepte, le rôle du mari s'efface, il n'a jamais été propriétaire; la femme est censée avoir succédé directement au vendeur ; en un mot, le mari s'est porté expréssement gérant d'affaires pour la femme, et, comme nous l'avons dit à propos du gérant d'affaires pour le compte d'un acheteur, la ratification rétroagit au jour même du contrat. En conséquence, il n'y a qu'une mutation du vendeur à la femme; — le mari ne pourra ni révoquer ni modifier le remploi ; — la femme ne sera point tenue de respecter les actes passés par son mari avec les tiers entre la vente et la ratification ; — une seule transcription sera nécessaire, celle de l'acte de vente; la déclaration de remploi contenue dans cet acte suffit pour prévenir les tiers des dangers que ferait courir à leurs droits l'acceptation postérieure de la femme.

203. — Cette opinion nous semble de beaucoup la plus rationnelle. — Elle était universellement admise ; Pothier (1) et d'Aguesseau (2) exposent tous les deux formellement

(1) « Si la femme ratifie et consent cette déclaration, les ratifications ayant un effet rétroactif suivant la règle de droit : *ratihabitio mandato æquiparatur*, l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu du remploi de sa femme, et avoir toujours été en conséquence propre de la communauté de la femme par subrogation » (Pothier, *Traité de la communauté*, nos 200 et 119).

(2) « La ratification de la femme a un effet rétroactif au temps de

cette doctrine. — Le Code a reproduit la théorie de l'ancien droit, et il copie non seulement l'idée de Pothier, mais presque sa phrase dans les art. 1434 et 1435 ; ils ont donc voulu reproduire cette théorie. Les travaux préparatoires ne contiennent, pour prouver le contraire, qu'un membre de phrase de Tronchet, qui se rapporte non à la question qui nous occupe, mais à celle de savoir si la femme pourra accepter le remploi après la dissolution de la communauté. « Cet immeuble, dit Tronchet, est conquêt de communauté » : évidemment, mais sous la condition seulement que la femme n'accepte pas le remploi ; c'est une propriété conditionnelle, avec rétroactivité par conséquent en faveur de la femme.

Le fait seul de la part du Code d'exiger que la déclaration de remploi soit faite dans l'acte même de vente prouve le danger d'éviction qui menace les ayants cause du mari, et la pensée de la loi d'y remédier, car si l'acceptation de la femme ne rétroagit point, quelle peut être l'utilité d'une pareille prescription, et qu'est-il besoin de prévenir les tiers d'une éventualité qui ne peut leur porter aucun préjudice ?

On nous dit, dans le système précédent, que le mari qui peut payer avec un de ses immeubles propres la dette de la communauté envers la femme peut, *à fortiori*, la payer avec un immeuble de la communauté. On sort ici de la question : Pour que ce principe reçût son application, il faudrait supposer que, la femme ayant d'abord refusé sa ratification, elle revient plus tard sur cette décision et accepte en paiement de sa créance contre la communauté le bien qu'elle avait refusé d'abord. Or ce ne sera plus là

l'acte. S'il en est ainsi par rapport à celui qui gère seulement les affaires d'autrui, à plus forte raison à l'égard du mari qui est censé le procureur de sa femme » (D'Aguesseau, 27e plaidoyer, p. 645, édition de 1761).

un remploi, mais une dation en paiement ordinaire. La femme deviendra l'ayant cause, non plus du vendeur, mais de la communauté ; là, il n'y aura pas d'effet rétroactif, la mutation ne pouvant remonter plus haut que le contrat qui l'opère, et l'immeuble entrera dans le domaine de la femme avec les charges dont il sera grevé, tant de la part du vendeur originaire que du mari. — De même on nous reproche de donner aux déclarations de remploi une portée différente selon qu'il s'agit du mari ou de la femme.— Evidemment, puisque le mari devient immédiatement propriétaire définitif de l'immeuble, et que la femme peut différer son acceptation ; elles empêchent le premier de révoquer son acquisition au gré de ses intérêts en cédant l'immeuble à la communauté ; elles affirment au contraire et protégent les droits éventuels de la seconde.

204. — Concluons donc que la transcription de l'acte de vente est suffisante et que, si aucune transcription n'a été faite, la femme n'a à craindre que les droits constitués par le vendeur, et non ceux venant de son mari, dans l'intervalle qui s'est écoulé entre l'acquisition et l'acceptation du remploi (1).

(1) Labbé, *op. cit.*, 2e partie, nos 77 et suiv. — Cf. Flandin, t.I, no 314. — Dubois, *le remploi dans ses rapports avec la transcription et la purge.* — D'après un troisième système émis par Mourlon, et suivi par la jurisprudence, les déclarations contenues dans l'acte d'acquisition constituent une offre par laquelle le mari propose à la femme, non pas, comme dans le premier système, une *datio in solutum,* mais une subrogation aux effets de son acquisition. Tant qu'elle n'est point acceptée, cette offre est révocable ; la femme qui l'accepte en temps utile prend au contrat la place de son mari, ce qui implique la rétroactivité de son droit au jour même de ce contrat d'acquisition. C'est en quelque sorte comme si le mari avait acheté avec déclaration de command, sauf qu'il a, dès le principe, désigné la personne qui lui sera subrogée, si elle accepte le contrat. — Ce système aboutissant aux mêmes conséquences pratiques que celui que nous soutenons, nous ne le discuterons pas davantage.

§ V. — *Prélèvements.*

205. — Si, à la dissolution de la communauté, soit par la mort de l'un des époux, soit par suite de séparation de biens, l'un des époux prélève, comme l'y autorise l'art. 1470, des immeubles de communauté pour se couvrir de ses reprises, ces prélèvements opèrent-ils mutation de propriété et par suite doivent-ils être transcrits ? Cette solution dépend de celle que l'on donnera à la célèbre question de la nature du droit de reprise : L'époux agit-il en qualité de propriétaire ou de créancier ? Depuis le fameux arrêt de Cassation du 15 janvier 1858, la question ne fait plus doute : l'époux est créancier, il y a donc là une dation en paiement translative de droit et par conséquent de nature à être transcrite. Mais à cette idée vient se joindre celle que le prélèvement fait, quant à l'immeuble prélevé, cesser l'indivision qui existait entre les époux, équivaut à partage, et devrait ainsi être dispensé de transcription. Combinons ces deux notions en étudiant les différentes hypothèses possibles.

206. — En ce qui concerne la femme, ou elle renonce à la communauté ou elle l'accepte. — Dans le premier cas, elle devient étrangère à la communauté et n'est qu'une créancière ordinaire qu'on paie avec des biens de communauté devenus maintenant biens du mari (art. 1474). Il y a mutation du patrimoine du mari dans celui de la femme, et par suite nécessité de transcrire (1). — Dans le second cas, il n'y a pas, comme le prétend Troplong (2), une simple dation en paiement ; le prélèvement fait cesser l'indivision et donne à l'époux, au lieu d'une copropriété dans

(1) Cassation, rejet, 18 févr. 1858; Dalloz, 58,1,70.
(2) Troplong, n° 62.

les biens, une propriété exclusive ; cet acte n'est donc qu'un incident du partage, un acte accessoire qui s'identifie avec lui, en prend la nature et comme tel est dispensé de transcription (1).

La question serait différente si la femme exerçait ses reprises non plus sur les immeubles de la communauté, mais sur ceux du mari, en cas d'insuffisance des premiers (art. 1472, C. civ.). Il y a là non plus un partage, mais une dation en paiement avec tous ses effets ; la femme exerce ses reprises contre les biens du mari qui forment une masse absolument distincte.

207. — En ce qui concerne le mari, dont les reprises ne peuvent, on le sait, s'exercer que sur les biens de la communauté, il n'y aura jamais lieu à transcription ; si la femme accepte la communauté, les prélèvements du mari ne sont que des actes de partage non translatifs de propriété ; si elle renonce, il ne peut être pour le mari question de reprises, puisque la communauté lui reste tout entière (2).

(1) Cassation, 3 août 1858 ; Dalloz, p. 58, 1, 310. — 20 juillet 1869 ; Dalloz, 69, 1, 497. — Laurent, *op. cit.*, t. XXIX, § 65.

(2) Voir sur cette question Flandin, I, 293 et suiv. — Mourlon, 47. — Verdier, 43 et 44.

CHAPITRE II

FORMES ET EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.

SECTION PREMIÈRE

FORMES DE LA TRANSCRIPTION.

208. — Comment, où, à la diligence de qui doivent être remplies les formalités de la transcription ? Tels sont les trois points que nous avons maintenant à examiner, très brièvement d'ailleurs.

209. — I. *Comment s'accomplit la transcription ?* — La transcription consiste, on le sait, dans la copie littérale, sur un registre public, des actes soumis à la publicité. Le conservateur qui reçoit un acte à transcrire doit d'abord inscrire sur son registre d'ordre, ou registre de dépôts, la remise qui lui est faite, et en donner sur papier timbré une reconnaissance qui rappelle le numéro du registre (art. 2200, C. civ.) ; il ne peut transcrire les actes que dans l'ordre de la remise ainsi constatée sur le registre des transcriptions.

Le législateur de 1855 avait voulu introduire un nouveau mode de transcription : le dépôt d'une copie de l'acte à transcrire entre les mains du conservateur, et une simple inscription par extrait sur le registre des transcriptions ; cette modification fut repoussée par le Corps législatif, peut-être à tort (1). Il est bien inutile en effet de reproduire sur les registres des transcriptions beaucoup de clau-

(1) Exposé des motifs, p. 11 et 12 ; rapport au Corps législatif, p. 15.

ses encombrantes qui ne font que les surcharger. — Il est bien entendu d'ailleurs que si un même acte contient des conventions soumises à la publicité et d'autres qui en sont dispensées, on peut omettre la transcription de ces dernières. Dans un contrat de mariage, par exemple, il suffira de transcrire l'article assujetti à la publicité.

210. — Les actes sous seing privé sont, comme les actes authentiques, soumis à la transcription. Le système contraire fut soutenu très énergiquement au Corps législatif ; on faisait valoir les inconvénients des actes sous seing privé, l'incertitude et l'irrégularité de leur rédaction (1). Ces raisons étaient, croyons-nous, de beaucoup exagérées, et l'on ne peut d'un autre côté que condamner un système qui supprimerait en fait les actes sous seing privé, et nuirait d'une façon considérable à la liberté des transactions.

211. — Une convention qui est de nature à être transcrite, une vente par exemple, peut être purement verbale. Comment l'acheteur, propriétaire vis-à-vis du vendeur par le seul effet du contrat, rendra-t-il son droit opposable au tiers, puisqu'il n'a aucun titre à présenter au conservateur ? La loi de 1855 ne paraît pas avoir prévu cette hypothèse. — Le moyen, nous ne dirons pas le plus simple, mais le plus conforme à la loi, est pour l'acheteur de s'adresser au Tribunal, obtenir reconnaissance de son droit par l'aveu ou le serment déféré à son adversaire le vendeur, et faire transcrire le jugement qui constate ces faits.

212. — Enfin les actes authentiques ou sous seing privé admis à transcription ne sont reçus par le conservateur qu'autant qu'ils ont été enregistrés. — Notons d'ailleurs que, dans tous les cas, la date de l'enregistrement n'a plus d'importance aujourd'hui ; celle de la transcription seule

(1) Rapport au Corps législatif, p. 16.

détermine le moment où l'acte devient opposable aux tiers.

213. — II. — *Où doit être faite la transcription?* — Elle doit être faite au bureau de la conservation des hypothèques de la situation des biens (art. 1er, loi de 1855), c'est-à-dire de l'arrondissement où ils sont situés. — Si le domaine s'étend sur plusieurs arrondissements, il faut transcrire dans les bureaux de ces divers arrondissements. De même, en cas d'échange d'immeubles situés dans deux arrondissements différents, la transcription aura lieu dans ces divers arrondissements. Il résulte de là que, outre la formalité de l'enregistrement qui s'opère au bureau du canton, il faut en remplir une seconde au chef-lieu d'arrondissement, avec augmentation de dépenses en frais d'expédition, de voyage et de séjour.

214. — Les registres du conservateur sont ouverts aux investigations des personnes intéressées, mais toujours avec frais et dépenses diverses à l'appui ; frais de déplacement, frais de timbre et de copie souvent considérables, car les renseignements ne se bornent pas à des indications sommaires qui, le plus souvent, suffiraient aux parties ; nous ne parlons pas des frais proprement dits de transcription qui se perçoivent, nous l'avons dit à propos de la loi de 1816, en même temps que les droits de mutation. Nous n'insistons pas.

Les réquisitions doivent être faites sur papier timbré et signées des parties. Elles peuvent avoir pour objet, soit un état spécial des transcriptions, soit un état général. Ainsi les tiers qui voudront simplement s'assurer, avant de traiter avec une personne qu'ils savent propriétaire d'un immeuble, si elle n'a pas consenti d'aliénation ou de droits sur cet immeuble, pourront se contenter d'un état spécial. Mais, si elles veulent traiter en toute sécurité, elles auront à rechercher, non seulement si le propriétaire apparent a ou non conservé la propriété, mais

encore si ses auteurs étaient eux-mêmes propriétaires ; ils devront requérir un état général des transcriptions qui ont eu lieu, et du chef du propriétaire précédent, et du chef de ses prédécesseurs.

Lorsqu'il n'y a sur les registres aucune transcription, ou que celle demandée n'existe point, le conservateur le déclare par un *certificat négatif*. — Dans le cas contraire il donne copie entière sur papier timbré des transcriptions qui lui sont demandées. Le conservateur ne délivre jamais d'extraits.

215. — L'omission d'une transcription par le conservateur dans l'état qu'il déclare aux parties ne porte aucune atteinte aux droits de celui à la requête de qui la transcription a été faite. De même dans le cas où le conservateur délivre à l'acquéreur d'un immeuble un certificat négatif, alors que cet immeuble est grevé de droits réels. Mais le conservateur est responsable ; nous ne parlerons pas d'ailleurs ici de cette responsabilité réglée par le droit commun.

216. — III. *Qui peut ou doit requérir la transcription ?* — La loi ne dit rien à cet égard, mais il est admis et de toute évidence d'ailleurs que cette formalité est à la charge de ceux qu'elle intéresse ; peuvent donc la requérir, aussi bien l'acquéreur que l'aliénateur et leurs ayants cause universels, par eux-mêmes ou par mandataires. Les incapables eux-mêmes sont admis à présenter l'acte à la transcription. Quant aux tuteurs et administrateurs, ils y sont tenus sous leur responsabilité. On applique ici par analogie les art. 940 et 942 du Code civil relatifs à la transcription des donations.

Le notaire qui a dressé l'acte n'est nullement tenu de le faire transcrire ni responsable pour ne point l'avoir fait ; il n'a pas reçu mandat pour cela. Sa seule mission

est de donner aux actes constatant les conventions des parties le caractère authentique, mais non d'en assurer les effets.

SECTION II

EFFETS DE LA TRANSCRIPTION.

217. — Nous devrions, pour être absolument dans le vrai, intituler cette section : *Des effets du défaut de transcription*, car la loi expose moins les effets de la transcription qu'elle ne précise la sanction qui sera attachée à l'omission de cette formalité. « Jusqu'à la transcription, dit l'art. 3, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble, et qui les ont conservés en se conformant aux lois. »

218. — Deux propositions ressortent de cet article : 1° Les actes qui sont soumis à la transcription et pour lesquels cette transcription n'a pas été faite ont néanmoins toute leur perfection et sont complètement réalisés entre les parties contractantes. S'il s'agit d'un acte translatif de propriété, la propriété est déplacée par le seul effet du consentement.

2° Mais jusqu'à la transcription, ils ne sont pas opposables aux tiers (1). (Nous verrons plus loin quel sens il faut donner à ce mot.)

Ainsi, nous l'avons dit déjà, rien n'est changé dans les rapports des parties entre elles ; la vente par exemple est, comme sous le Code civil, parfaite par le seul accord des volontés, et l'art. 1583 est encore bien plus rationnel

(1) Duverger, *De l'effet de la transcription* (*Revue pratique*, t. X, p. 184). — Demolombe, t XXIV, nos 450 à 453.

qu'il ne l'était autrefois. Mais un principe nouveau est introduit à l'égard des tiers : si la transcription est nécessaire et qu'elle ait été omise, certains tiers peuvent se prévaloir du défaut de son accomplissement ; voilà l'innovation tout entière.

Ces principes sont aujourd'hui généralement admis. Dans les premières années de l'application de la loi de 1855, certains auteurs soutinrent que la loi exigeait l'acomplissement de la transcription, pour qu'il y eût dessaisissement absolu du vendeur, et que jusque-là il restait plein propriétaire de la chose vendue ; la jurisprudence sembla un instant leur donner gain de cause (1). Elle est aujourd'hui revenue de cette doctrine à peu près universellement abandonnée, et que nous ne discuterons pas (2).

§ I. — *Des tiers qui peuvent se prévaloir du défaut de transcription.*

219. — « Les personnes admises à se prévaloir du défaut de transcription sont toutes celles, et exclusivement celles qui ont acquis sur un immeuble, soit du chef du dernier propriétaire ou de ses représentants, soit du chef des précédents propriétaires, des droits qu'elles ont conservés en se conformant aux lois. »

Cette formule, empruntée à MM. Aubry et Rau (3), donne d'une manière exacte le sens que la loi sur la trans-

(1) C. Cass., 1er mai 1860, Dalloz, P. 60, 1, 236.

(2) Cass., 11 juin 1879 ; Dalloz, P. 80,1,409 ; Cass., 11 janv. 1881 (Journal *la Loi*, 17 janv. 1881).

(3) T. II, § 209, p. 306.

cription attache au mot *tiers*. — Deux conditions sont nécessaires pour que les tiers puissent se prévaloir du défaut de transcription : 1° qu'ils aient des droits susceptibles d'être publiés ; 2° qu'ils aient conservé ces droits conformément aux lois. Examinons ces deux conditions.

220. — I. *Il faut être un tiers ayant sur l'immeuble du chef du vendeur des droits susceptibles d'être transcrits*. — Remarquons d'abord que l'acheteur n'est pas compris dans cette formule. Il a évidemment un droit réel sur l'immeuble du chef du vendeur, mais il n'est pas un tiers ; il peut donc, indépendamment de toute transcription, revendiquer l'immeuble contre son vendeur, comme aussi il est soumis à toutes les obligations d'un propriétaire. — De même pour le vendeur. Nous ne faisons ici que constater ces faits dont nous étudierons plus loin les conséquences. Disons seulement ici que, dès que la vente est conclue, l'acheteur, bien qu'elle ne soit point transcrite, devient propriétaire à l'égard de toutes personnes autres que celles qui, en traitant avec le vendeur, ont acquis de son chef des droits réels sur l'immeuble vendu.

Rentrent donc dans la catégorie des tiers ceux qui ont sur l'immeuble un droit réel, propriété, usufruit, antichrèse, servitude, hypothèque, etc. Nous ne parlerons que de la propriété.

221. — Prenons d'abord l'hypothèse la plus commune et la plus simple, dans laquelle s'applique la loi de 1855, celle du second acquéreur d'un immeuble. Primus vend à Secundus un immeuble dont le titre reste secret ; il le revend une seconde fois à Tertius qui fait transcrire. Tertius pourra opposer le défaut de transcription à Secundus, revendiquer l'immeuble entre ses mains si Secundus est en possession, ou repousser son action si c'est lui-même qui a obtenu la détention de la chose. Secundus

n'aura contre Primus son vendeur qu'une action en dommages-intérêts.

222. — En sera-t-il de même en cas de conflit entre un acquéreur à titre onéreux et un acquéreur à titre gratuit, un donataire par exemple ? La négative a été soutenue par Troplong (1) qui, il faut le dire, a été à peu près seul de son avis. Il est généralement admis qu'il faut assimiler au point de vue qui nous occupe le donataire postérieur au second acheteur et donner à tous les deux le droit d'opposer la clandestinité d'un titre antérieur (2).

223. — Aux termes de l'art 26 de la loi de brumaire, le droit d'opposer le défaut de transcription n'appartenait qu'aux tiers qui avaient acquis des droits en *contractant* avec le vendeur. La loi de 1855 est bien plus complète. On convient généralement qu'elle s'applique non seulement à ceux qui ont contracté avec le vendeur, mais encore à ceux qui ont acquis des droits de son chef par quasi-contrat et même par le seul effet de la loi. Ainsi le droit d'opposer le défaut de transcription appartiendra à un mineur, si le vendeur est son tuteur, à un créancier à hypothèques légales ou judiciaires, aux ayants cause des précédents propriétaires ; ils méritent en effet autant d'égards que le deuxième acquéreur du propriétaire actuel, ou ses créanciers à hypothèque conventionnelle.

224. — II. *Il faut avoir conservé son droit en se conformant aux lois.* — Ainsi entre deux acheteurs qui n'ont ni l'un l'autre fait transcrire leur titre, la préférence se règle eu égard à la date certaine de ces titres, comme sous l'empire du Code.

Les expressions générales de « conserver son droit »

(1) Troplong, *Transcription*, nos 154 à 157.

(2) Flandin, II, 868. — Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 307. — Mourlon, II, n° 437.

montrent que le legs ne doit pas être assujetti à transcription. Les légataires en effet ne peuvent conserver leur droit et sont par conséquent complètement en dehors de cette disposition.

225. — Que décider dans le cas où deux acheteurs successifs d'un même immeuble ont fait transcrire leur titre le même jour ? C'est un cas qui se présentera rarement dans la pratique, mais enfin qui est possible. Divers systèmes se sont produits : on convient qu'on ne peut appliquer ici la règle suivant laquelle les hypothèques inscrites le même jour sont toutes placées sur le même rang (art. 2147 C. civ.). Il faudra donc que l'une des transcriptions soit préférée, mais laquelle ? — Suivant les uns, la préférence doit appartenir à celui des deux actes qui a reçu le premier date certaine ; suivant d'autres, elle doit se régler d'après l'ordre des mentions faites sur le registre des dépôts. — Nous pensons qu'il faudra donner la préférence à l'acte qui occupera la première place, non sur le registre des dépôts, mais sur celui des transcriptions. Aux termes de la loi, entre deux acquéreurs successifs, celui-là l'emporte qui le premier a fait transcrire ; cette circonstance que les deux transcriptions ont eu lieu le même jour n'empêche pas que l'une d'elles ne soit antérieure à l'autre. Je conviens que c'est mettre aux mains du conservateur un pouvoir dangereux, qu'il ne faut pas cependant s'exagérer. Mais il faut croire que la loi n'a pas voulu le lui retirer, car elle n'a pas édicté ici de disposition analogue à celle de l'art. 2147 du Code Civil. Quant au registre des dépôts, il ne saurait faire foi ici, car vis-à-vis des tiers il n'y a de légal, de probant que le registre des transcriptions.

226. — Ici se place l'examen d'une question importante : lorsqu'on a acheté un immeuble d'une personne qui elle-même n'avait pas fait transcrire son titre, suffit-il

de transcrire seulement son titre d'acquisition, ou bien devra-t-on faire transcrire aussi le titre de son auteur et des auteurs de celui-ci ?

Il est certain que la transcription de son seul titre suffira pour permettre à l'acquéreur de repousser les tiers qui, ayant acquis des droits du chef de son auteur immédiat, ne les auraient pas publiés avant la transcription de son titre. Mais que décider pour ceux qui traitent avec un des anciens propriétaires ? — Soit l'hypothèse suivante : Primus vend un immeuble à Secundus, qui le revend à Tertius ; Secundus n'avait pas fait transcrire son acte d'achat ; Tertius fait transcrire le sien, sans se préoccuper de la vente de Primus à Secundus ; quel sera l'effet de cette transcription, non par rapport à ceux qui traiteront avec Secundus (pas de difficulté), mais avec Primus ; par exemple, par rapport à un tiers, Quartus, auquel Primus aliène une seconde fois son immeuble ? Suffira-t-elle pour arrêter la publication des droits qui pourraient grever l'immeuble du chef de Primus ?

Nous nous déciderons pour la négative ; donc, selon nous, la transcription de la dernière vente seule ne sera pas suffisante, et les tiers qui auront des droits du chef de Primus pourront les publier utilement tant que la transcription de la vente de Primus à Secundus n'aura pas été faite. Voici nos arguments :

227. — 1° La publicité des mutations immobilières repose, nous l'avons vu, non sur la désignation individuelle ou cadastrale des immeubles eux-mêmes, mais sur les noms des propriétaires aliénateurs. Dès lors, le conservateur, la transcription faite, mentionnera la vente au nom de Secundus, l'achat au nom de Tertius ; il n'est pas question de Primus. Si donc les tiers qui veulent traiter avec ce dernier consultent les registres, le conservateur leur donnant forcément un certificat négatif, ils en concluront que

Primus est toujours propriétaire. Dès lors comment pourra-t-on leur opposer la transcription de la vente de Secundus à Tertius ? On arrive précisément au résultat que la loi de 1855 a voulu éviter. On objecte que ce pourra être pour l'acquéreur une dépense considérable que d'avoir à payer les frais de plusieurs transcriptions. Soit, mais en matière d'immeubles il vaut souvent mieux payer des frais que d'être menacé d'une éviction, et du reste la loi n'a pas à tenir compte de la négligence des précédents propriétaires.

228. — 2° Supposons, continuant l'hypothèse précédente, que Quartus ait publié son titre *après* la transcription de celui de Tertius ; lequel des deux aura droit à la propriété de l'immeuble ? La première vente, celle de Primus à Secundus, n'ayant pas été transcrite, ne peut être opposée aux tiers qui pourront plus tard acquérir des droits sur l'immeuble du chef de Primus. Celui-ci est resté propriétaire, à l'égard du tiers Quartus, dont les droits sont valables puisqu'il les a publiés. Quant à Tertius, étant l'ayant cause de Secundus, qui au regard des tiers n'avait rien acquis, il ne peut avoir plus de droits que n'en avait Secundus, et la transcription de son titre à lui ne peut suffire à couvrir la clandestinité du titre de ce dernier. Secundus en effet, n'ayant acquis de Primus qu'une propriété relative, n'a pu transmettre à Tertius une propriété absolue, et, ni la revente, ni la transcription de cette revente ne peut lui donner ce caractère et l'affranchir de la transcription. En résumé, Tertius n'est pas, malgré sa transcription, et à cause de la non-transcription de la première vente, propriétaire à l'égard des tiers. Quartus a, grâce à cette non-transcription de la première vente, cette qualité ; ce sera donc lui qui l'emportera. C'est l'application de la maxime : *Nemo plus juris in alienum transferre potest quam ipse habet.* Si entre ayants cause tenant

leurs droits d'un auteur commun, la loi de 1855 a, par dérogation à cette règle, fait fléchir l'antériorité du titre devant la priorité de la transcription, elle n'a pas entendu écarter cette règle dans le cas où le conflit s'élève entre personnes qui tiennent leurs droits d'auteurs différents (1).

229. — 3° Le sous-acquéreur, dans l'espèce Tertius, qui néglige de vérifier si le titre de son vendeur Secundus a été transcrit, commet une grave imprudence, tandis que Quartus, qui traite avec le vendeur originaire Primus, n'a rien à se reprocher et deviendrait victime de sa confiance, si Tertius devait l'emporter sur lui.

230. — Voyons maintenant les objections.

1° Et d'abord contre notre dernier argument, c'est, dit-on, Quartus et non Tertius qui a commis la faute, car, en supposant, ce que nous avons toujours fait jusqu'ici, que l'achat de Quartus soit antérieur à celui de Tertius et sa transcription postérieure à celle de ce dernier, Tertius a été induit en erreur par la négligence de Quartus à transcrire son acquisition. Si Quartus l'avait fait, Tertius aurait été averti, en voyant le nom de Primus, que Secundus n'était pas propriétaire, et n'aurait pas contracté avec lui. Il doit donc être responsable de sa négligence. — Pas le moins du monde : en retardant la transcription de son titre, Quartus s'exposait simplement à se voir privé par un autre ayant cause de Primus ; ceci ne regardait que lui ; mais il n'a pas causé de préjudice à Tertius : d'abord parce que, tant que Primus n'était pas dessaisi par une transcription, il était toujours en droit de le regarder comme propriétaire ; ensuite, parce que Tertius pouvait et devait, pour agir avec prudence, vérifier si la première vente de Primus avait été transcrite, et sinon, la faire transcrire lui-même.

231. — 2° Tertius n'était pas obligé de faire transcrire

(1) Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 315, note 99.

le contrat de Primus, avec son auteur à lui, car la transcription de son dernier contrat avec cet auteur Secundus a clos et liquidé tout le passé. — Nous répondrons encore ici par la règle : *Nemo plus juris*, etc. Comment une simple transcription aurait-elle pour effet de rendre absolue sur la tête de Tertius une propriété qui n'était que relative sur celle de Secundus son auteur ?

232. — 3° Mais, dit-on, l'art. 3 de la loi de 1855 ne distingue pas, et tout acquéreur doit en conséquence pouvoir acquérir par la transcription de son propre contrat la propriété envers et contre tous ; peu importe qu'il tienne ses droits médiatement ou immédiatement du vendeur originaire. — Non, parce que, toujours suivant notre principe, la transcription est une mesure conservatoire qui consolide la propriété, mais qui ne la donne pas. L'article 6 complète du reste l'art. 3, en disant que la transcription n'arrête le cours des inscriptions que sur le précédent propriétaire, c'est-à-dire sur l'auteur de l'acte transcrit, et non sur les propriétaires antérieurs ; il n'est donc pas vrai de dire qu'elle consolide la propriété à l'égard de tous (1).

233. — Supposons maintenant que l'acquisition de Quartus n'est plus antérieure à celle de Tertius, mais qu'il a au contraire acquis et transcrit après le contrat et la transcription de Tertius. Selon nous la solution sera la même que dans le cas précédent. Nous sommes encore ici en contradiction avec Troplong ; cet auteur distingue : il ne donne la préférence à Quartus qu'au cas où l'acte d'acquisition de Tertius ne relate pas les noms des anciens propriétaires ; dans le cas contraire, Quartus, quand il a

(1) Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 315, note 99. — Mourlon, II, 447 à 450 et 593 à 604 ; Larombière, *Obligations*, t. I, art. 1138, n° 47. — Gide, *Revue critique*, t. XXVI, p. 372. — Demolombe, XXIV, n° 465 — *Contrà*, Rivière et Huguet, n° 212. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 265 et 1292. — Flandin, t. II, 887 et 892.

contracté avec Primus, a, dit-il, agi avec connaissance de cause et ne saurait se plaindre d'une surprise. La transcription est donc inutile, lorsque le dernier contrat transcrit indique les noms des vendeurs antérieurs. — Je ne vois pas du tout pourquoi. D'une part la seule mention des noms des précédents propriétaires ne saurait remplacer la transcription, qui, d'après la loi, doit être intégrale pour faire connaître aux tiers toutes les conditions de la mutation de propriété. D'autre part, la transcription du contrat intervenu entre Secundus et Tertius, renfermât-elle le nom des précédents vendeurs en général et celui de Primus en particulier, ne mettrait pas les ayants cause de celui-ci en mesure de connaître les aliénations par lui consenties. Le conservateur n'aura bien sûr pas indiqué à son répertoire le nom de Primus, rappelé dans l'acte d'une façon tout à-fait accessoire. Voudrait-on par hasard que le conservateur ouvrît un compte à Primus et mentionnât son aliénation ? Mais aucun texte n'oblige à cela le conservateur, et ce serait pour lui une tâche horriblement lourde. Du reste, il ne doit pas le faire, car il ne doit ouvrir un compte qu'aux titulaires des actes transcrits, et autant qu'un acte de transcription est contenu dans ses registres (1).

234. — Rappelons, avant de terminer ce sujet, que l'acheteur, évincé pour défaut de transcription tardive, a toujours son recours contre son vendeur à l'effet d'obtenir la restitution de son prix et même des dommages-intérêts. Il est évident que l'acheteur n'est pas obligé de faire transcrire, mais que le vendeur est tenu envers lui à la garantie et obligé de s'abstenir de tout acte de nature à

(1) Aubry et Rau, t. II, § 209, p. 318. — Mourlon, II, 600. — Gide, *loc. cit.* — Demolombe, XXIV, n° 466. — Flandin, t. II, 888 et suiv. — *Contrà*, Troplong, 166 à 168.

l'évincer. — Si la seconde vente a eu lieu après la transcription de la première, le second acquéreur n'aura pas d'action en garantie contre son vendeur, si d'ailleurs il a eu connaissance de la première vente ; car s'il l'a ignorée, quoique transcrite, il peut actionner le vendeur ; le conflit s'élève ici entre vendeur et acheteur, et la vente transcrite n'est présumée connue de l'acheteur que dans ses rapports avec les tiers.

§ II. *Des personnes qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription.*

235. — Au nombre des personnes qui ne peuvent pas opposer le défaut de transcription, il faut ranger : I. *Les parties contractanctes.* — Cela est de toute évidence. Le vendeur et l'acheteur ne sont pas des tiers au sens de l'art. 3 de notre loi ; ils connaissent la vente, et toute transcription serait superflue à leur égard.—Ainsi l'acheteur peut actionner le vendeur en revendication aussitôt après la vente, et avant la transcription ; il est soumis, nous l'avons dit déjà, à partir de ce moment, à toutes les obligations qui incombent au propriétaire. — Le vendeur ne peut, sous prétexte que la vente n'a pas encore été transcrite, se prétendre encore saisi de la propriété, à l'égard d'un sous-acquéreur, ni faire valoir contre celui-ci son privilège ou son action résolutoire qu'il n'aurait pas conservée par une inscription prise en temps utile ; il ne peut être d'ailleurs l'auteur de l'éviction, lui qui, si l'acheteur était évincé, serait tenu de le garantir.

236. — II. *Les ayants cause universels ou à titre universels du vendeur.* — Ils succèdent en effet à tout ou à une partie de son patrimoine, et dans ce patrimoine figurent les obligations actives et passives des parties relativement

à la chose, objet de la mutation. Les héritiers entre autres, ne peuvent opposer le défaut de transcription pour soutenir que l'immeuble vendu par leur auteur fait encore partie de sa succession. Cette règle s'applique, non seulement aux héritiers purs et simples, qui continuent la personne du *de cujus*, mais aussi aux héritiers sous bénéfice d'inventaire ; le bénéfice d'inventaire en effet préserve seulement la fortune personnelle des héritiers, mais ne leur donne pas sur les biens du *de cujus* des droits plus étendus que l'acceptation pure et simple (1).

237. — Si une personne, après avoir vendu un immeuble à un étranger, le vend une seconde fois à son héritier présomptif, et que celui-ci fasse transcrire son titre avant la publication du premier contrat, cet héritier pourra-t-il, après avoir accepté la succession de son auteur, opposer au premier acheteur le défaut de transcription? Il faut, croyons-nous, distinguer. — Si l'héritier a accepté purement et simplement, il ne le pourra pas, car il continue la personne du défunt, et celui-ci n'aurait pas pu invoquer le défaut de transcription. — S'il a accepté sous bénéfice d'inventaire, la question présente plus de difficulté ; nous croyons cependant qu'il pourra revendiquer l'immeuble. Il est un tiers par rapport aux actes passés par le défunt, car les biens de l'héritier bénéficiaire ne se confondent pas avec ceux de la succession, et il ne conserve ici que ses droits personnels. Il peut donc, grâce à sa qualité de tiers acquéreur, invoquer le défaut de transcription, ce qu'il ne pourrait faire n'étant que simple héritier bénéficiaire, comme nous l'avons dit au paragraphe précédent. N'étant pas tenu sur ses biens des dettes personnelles du défunt, il n'est pas garant de ses faits. Sans doute

(1) Troplong, *Transcr.*, n^{os} 145 et 158. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 340.

l'acheteur évincé aura un recours, mais ce recours devra être dirigé contre la succession (1).

238. — Sauf ce cas, à notre avis au moins, les ayants cause universels ne peuvent opposer le défaut de transcription. Cette décision de la loi amènera quelquefois des résultats fâcheux. Par exemple, le *de cujus* a aliéné ses immeubles; il n'y pas eu de transcription : les héritiers, croyant que ces biens appartiennent encore à la succession, acceptent purement et simplement, payent les charges et découvrent ensuite l'aliénation. Ils auraient pu, il est vrai, éviter cette perte en acceptant sous bénéfice d'inventaire; mais ce moyen même, comme le remarque Mourlon (2), n'est pas si moral qu'il faille y pousser les héritiers en multipliant les raisons de se placer sous sa sauvegarde.

239. — III. *Les ayants cause même à titre particulier du vendeur*, qui ne seraient pas eux-mêmes assujetis à la transcription pour la conservation de leurs droits. — Nous avons déjà parlé du légataire particulier d'un immeuble que le défunt avait vendu avant la confection de son testament. Il ne rentre pas dans la classe des tiers qui, ayant des droits sur l'immeuble, les ont conservés en se conformant aux lois, puisque le testament ne peut être transcrit ; il a bien des droits, mais ne peut les *conserver*.

240. — IV. *Les créanciers chirographaires du vendeur*. — Tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses créanciers, mais ceux-ci n'ont pas un gage spécial sur un de ses immeubles en particulier ; c'est là l'infériorité des créanciers chirographaires sur les autres ; or il faut avoir *des*

(1) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 310 et note 88. — Demolombe, t. XXIV, n° 455. — *Contrà*, Flandin, II, 842 et 843. — Dalloz, *Rép.*, n° 462 et 465, v° *Transcription*.

(2) Mourlon, t. II, n° 436.

droits sur l'immeuble, et, d'après le rapport de M. de Belleyme, ces mots ont précisément été ajoutés pour écarter les créanciers chirographaires (1). — Il eût été, je crois, plus logique, puisqu'on exigeait la publicité dans l'intérêt des acquéreurs de droits réels, de la rendre aussi obligatoire vis-à-vis des simples créanciers chirographaires ; ces derniers ne sont pas moins intéressés que les autres à connaître l'état de la fortune de celui avec lequel ils entrent en relation d'affaires. Je me demande s'il ne serait pas plus avantageux de dispenser le plus possible, en leur donnant une plus grande sécurité, les créanciers chirographaires de recourir, pour des sommes relativement faibles, aux garanties hypothécaires. — Quoi qu'il en soit, la loi de 1855 est une loi avant tout hypothécaire et de crédit foncier, et se préoccupe peu du crédit personnel. — Notons en passant que, en ce qui concerne les donations, les créanciers chirographaires peuvent au contraire opposer le défaut de transcription (art. 941, C. civ.). — Notons aussi que, si le créancier chirographaire acquiert d'une façon quelconque une hypothèque contre son débiteur, il rentrera dans le système de la loi et pourra se prévaloir du défaut de publicité.

241. — Un créancier chirographaire pratique une saisie sur l'immeuble de son débiteur ; pourra-t-il, dès le jour de la saisie, opposer le défaut de transcription d'une aliénation antérieure non transcrite ? Evidemment non ; la saisie immobilière est seulement la mise à exécution du droit du créancier ; elle n'en change pas la nature. De plus, le débiteur saisi conserve jusqu'à la transcription de la saisie le droit d'aliéner l'immeuble ; comment admettre

(1) Rapport de M. de Belleyme. — Troplong, p. 23 et s., et p. 85 et suiv. — Cf. Cass., 4 août 1880, Dalloz, P. 81, I, 438.

dès lors que les aliénations antérieures, même restées secrètes, ne soient pas valables ? Cette décision est du reste d'accord avec le principe général de la loi qui protège surtout les tiers ayant un droit réel sur l'immeuble.

242. — A cette question s'en rattache une autre plus délicate. La transcription de la saisie donne-t-elle aux créanciers saisissants un droit réel sur l'immeuble à l'encontre d'un acquéreur (antérieur ou postérieur à la saisie) qui n'a pas publié son titre avant la transcription de la saisie ? Si la saisie ne change pas la nature du droit du créancier, en est-il autrement de la transcription de cette saisie ? Et ce créancier peut-il opposer le défaut de transcription de l'acte d'aliénation pour repousser la demande en distraction formée par l'acquéreur ? Précisons la question. Il est évident que l'aliénation consentie après la transcription de la saisie est nulle (art. 686, C. pr.) ; par contre, si l'aliénation a été transcrite avant la transcription de la saisie, qu'elle soit antérieure ou postérieure à cette saisie, elle sera toujours opposable au créancier saisissant. Notre hypothèse est celle-ci : l'aliénation antérieure ou postérieure à la saisie, mais non à sa transcription, n'a été transcrite qu'après la transcription de cette saisie.

D'après un premier système, la transcription de la saisie confère au créancier saisissant un droit réel *sui generis*, qui, sans être complètement un droit de préférence, est une garantie que l'immeuble sera désormais affecté au paiement des dettes du débiteur. Ce droit rentre donc dans la formule de l'art. 3, et le défaut de transcription peut en conséquence être opposé. Ceci résulte évidemment, dit-on, des art. 681 à 686 du Code de procédure. Le système opposé arriverait à des difficultés inextricables. Supposons deux acheteurs, Primus et Secundus, en face d'un créancier saisissant, Tertius. Primus a acheté antérieurement à la transcription de la saisie, mais n'a pas fait

inscrire son titre : Secundus a acheté postérieurement à cette transcription, mais a transcrit son acte d'acquisition. Si on refuse à Tertius le droit de se prévaloir du défaut de transcription de l'achat non transcrit antérieurement de Primus, à quoi va-t-on aboutir? Primus a un droit opposable à Tertius qui, lui, peut faire considérer comme non avenu l'achat fait par Secundus ; or le droit de Secundus l'emporte sur celui de Primus. La première vente l'emporte sur la saisie, mais cède le pas à la seconde vente, et d'autre part celle-ci n'est pas opposable au saisissant. Dans ce système, au contraire, le saisissant aura la préférence en opposant le défaut de transcription de la vente de Primus (1).

243. — Ce système nous semble inadmissible. Nous convenons, il est vrai, que la transcription restreint dans la personne du saisi la faculté de disposer et met obstacle à l'aliénation de l'immeuble. Mais les créanciers n'ont pas pour cela un droit nouveau et plus étendu sur le bien saisi, *à fortiori* un droit réel. Que serait-ce que ce droit réel donnant un droit de suite sans droit de préférence, et comment comprendre cette transformation dans la nature d'un droit par le seul effet d'une formalité nécessaire, non pour l'existence de ce droit même, mais seulement pour son exercice? — L'art. 686 du Code de procédure annule les aliénations postérieures à la transcription, non parce que le saisissant a un droit réel, mais parce que ces aliénations sont présumées faites en fraude de ses droits. Il ne peut donc, n'ayant pas de droit réel, profiter du bénéfice de l'art. 3. — Quant à la difficulté pratique qu'on veut opposer, elle n'existe pas. Ou, dans l'hypothèse précédente, la vente de Primus est antérieure à la saisie, et cette saisie ne pourra frapper un immeuble déjà sorti du patrimoine du débiteur au regard

(1) M. Berthaud, cité par Flandin, II, 851. — Mourlon, II, 467 à 483.

du saisissant et autres créanciers du saisi ; ou la vente postérieure à la saisie est antérieure à la transcription, et alors elle a anéanti la saisie, et la transcription frappant un bien déjà sorti du patrimoine du débiteur n'a pu produire aucun effet. Elle pourrait donc encore bien moins changer la nature d'un droit qui n'existait pas. Ainsi, le saisissant doit être dans tous les cas écarté du conflit qui se videra seulement désormais par l'application des principes généraux (1).

244. — Nous donnerons la même solution au cas où, au lieu d'un créancier chirographaire, c'est un créancier hypothécaire qui saisit l'immeuble (cette question, nous devons le dire, est très-discutée) ; l'art. 686 du Code de procédure ne fait aucune distinction entre les deux classes de créanciers, et, dans les deux cas, le propriétaire peut aliéner jusqu'à la transcription de la saisie. Cette transcription ne donne au créancier hypothécaire aucun droit nouveau sur l'immeuble, distinct de celui qu'il tient de son hypothèque qui n'est pas ici mise en question. « L'opinion contraire, disent MM. Aubry et Rau (2), en s'appuyant sur les dispositions de l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, ne repose en définitive que sur la double confusion faite, d'une part, entre la transcription des actes translatifs de propriété immobilière, requise par la loi précitée, comme condition de la translation de propriété à l'égard des tiers, et la transcription des saisies immobilières, exigée par l'art. 678 du Code de procédure, comme simple formalité de la poursuite en expropriation forcée. » — On objecte qu'il peut y avoir un inconvénient grave à ce qu'une vente se révèle ainsi au cours d'une procédure en expropriation ;

(1) Flandin, II, nos 850 à 852. — Troplong, n° 147.
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 313, note 95.

cet inconvénient existait déjà sous l'empire du Code et la loi de 1855 n'y a pas pourvu ; nous ne croyons pas, comme nos adversaires, devoir le faire pour elle (1).

245. — Les créanciers chirographaires d'un commerçant failli sont-ils admis, par le seul effet du jugement déclaratif de faillite, à faire valoir le défaut de transcription des actes d'aliénation, valablement passés par leur débiteur?

On sait que le jugement déclaratif de faillite arrête toute inscription postérieure d'hypothèque (art. 448, § 1er, du Code de commerce). Les créanciers chirographaires ont-ils, relativement aux aliénations à titre onéreux non transcrites, les mêmes droits que leur confère le Code de commerce relativement aux hypothèques non inscrites ? Je ne le pense pas. L'art. 448, § 1er, ne parle que des inscriptions d'hypothèques ; on ne peut donc, sans un texte formel, étendre cette déchéance, et d'ailleurs la faillite ne confère pas aux créanciers chirographaires un droit réel sur les biens du failli, dans le sens de l'art. 3 de la loi sur la transcription. — Ce système, dit-on, trouble l'harmonie de la loi sur les faillites. Je ne vois pas en quoi ; mais on ne peut exclure d'une question de transcription précisément la loi qui les régit. — On décide autrement en matière de donation. — Sans doute, l'art. 941 reconnaît à tous ceux qui y ont intérêt le droit d'opposer le défaut de transcription sans exiger, comme la loi de 1855, qu'ils aient des droits sur l'immeuble ; et alors, par suite du jugement déclaratif, les créanciers chirographaires, d'ayants cause qu'ils étaient, deviennent des tiers, et peuvent se prévaloir de la non-

(1) Flandin, II, 853. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 313, texte et note 96. — Sirey, 58.2.449, et Dalloz, P. 58.2.161. (Deux dissertations). — Angers, 1er déc. 1858, D. P. 59.2.33. — Cass., 13 juin 1860, D. P. 60.1.352. — *Contrà*, Mourlon, II, 476 à 483. — Caen, 1er mai 1858, D. P. 58.2. 161, et Sirey, 58.2.449.

transcription. — De notre côté nous demanderons comment une vente, valable à l'égard des créanciers chirographaires du vendeur, est annulée par le seul fait de la faillite du vendeur ? Comment le jugement déclaratif seul pourrait-il faire entrer dans le patrimoine du débiteur le bien qui en est sorti ? Concluons donc que la vente antérieure au jugement déclaratif de faillite est, quoique non transcrite, pleinement opposable aux créanciers chirographaires du failli (1).

Mais elle cessera de l'être à partir du moment où les syndics auront pris au profit de la masse l'inscription prescrite par les art. 490, § 3, et 517 du Code de commerce. La masse des créanciers, acquérant ainsi un droit réel sur les immeubles du failli, pourra se prévaloir des aliénations antérieures à la faillite et non publiées.

246.— Les ayants cause d'un acquéreur qui n'a pas fait transcrire son acte d'acquisition, ne doivent pas être considérés comme des tiers les uns à l'égard des autres ; ils ne peuvent par conséquent se prévaloir du défaut de transcription du titre de leur auteur commun, pour contester l'efficacité des droits qu'ils ont acquis.

247. — Nous terminons ici notre étude, bien incomplète à tous égards, de la loi sur la transcription. Nous avons déjà apprécié cette loi dans son ensemble, elle n'est certes pas arrivée à établir un système parfait de publicité ; bien des lacunes existent encore, bien des questions restent indécises et la conciliation de ses principes avec ceux du Code est quelquefois bien difficile. Telle qu'elle est cependant, on peut dire qu'elle a réalisé un progrès immense et qu'elle a été pour le crédit public un véritable bienfait.

(1) Flandin, II, 854 à 859. — Mourlon, II, 488. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 312, texte et note 93. — *Contrà*, Troplong, nos 148 et 149. — Demangeat sur Bravard, *Droit commercial*, t. V, p. 296 et suiv.

POSITIONS

—

DROIT ROMAIN.

I. — Le pérégrin à qui une chose *mancipi* a été livrée en acquiert le domaine complet.

II. — Le *corpus* exigé pour le transfert de la possession consiste dans la faculté physique d'user et de disposer de la chose.

III. — Les Romains ont entendu par *justa causa* dans la tradition, non le consentement des parties à l'aliénation, mais l'acte extérieur qui révèle chez elle cette intention d'aliéner.

IV. — Le désaccord entre les parties sur la cause de la tradition n'empêche pas en principe la translation de la propriété.

V. — Il n'est pas exact de dire qu'en droit romain le vendeur ne soit pas tenu de transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue.

VI. — La décision d'Ulpien (l. 41, D. *de rei vind.*), sur la retranslation *ipso jure* de la propriété, par l'effet de la condition résolutoire, est une opinion personnelle à ce jurisconsulte, mais qui a triomphé dans le droit de Justinien.

VII. — Les formalités requises dans les modes d'aliénation du droit civil pouvaient avoir pour but d'assurer la preuve des actes, mais non de porter la transmission à la connaissance des tiers.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. — Le Code civil n'a pas entendu maintenir les dispositions de la loi du 11 brumaire an VII sur la transcription.

II. — Le Code civil n'établit pas en théorie la transmission consensuelle de la propriété, et cette transmission était admise déjà par la pratique ; il n'a donc pas à proprement parler émis un principe nouveau.

III. — La promesse synallagmatique de vente doit être transcrite.

IV. — La vente alternative peut être transcrite avant l'option.

V. — L'acte de ratification d'une gestion d'affaires n'est pas soumis à transcription.

VI. — Il n'y a pas lieu à transcription lorsque la femme, acceptant la communauté, exerce ses reprises sur un des immeubles de cette communauté.

VII. — L'acte par lequel la femme accepte à titre de remploi un immeuble acquis par le mari, conformément aux art. 1434 et 1435 du Code civil, n'est pas soumis à transcription.

VIII. — L'héritier bénéficiaire qui a acquis un immeuble du défunt et a publié son contrat peut opposer le défaut de transcription à un acquéreur dont le titre est resté secret.

IX. — Celui qui achète un immeuble d'une personne qui elle-même a négligé de faire transcrire son acquisition

ne peut se mettre à l'abri des aliénations émanant du propriétaire primitif qu'en transcrivant, non seulement son propre titre, mais celui de son auteur.

X. — La transcription d'une vente antérieure à la saisie peut être effectuée après la transcription de la saisie.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. — Les ventes administratives sont soumises à transcription.

II. — L'art. 17 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique n'est pas abrogé par la loi du 23 mars 1855.

DROIT COMMERCIAL.

I. — Les créanciers chirographaires d'un commerçant failli ne peuvent, par le seul effet du jugement déclaratif de faillite, faire valoir le défaut de transcription des actes d'aliénation valablement passés par leur débiteur.

II. — En matière de faillite, les deniers provenant de la vente d'un immeuble hypothéqué doivent être imputés d'abord sur le capital, puis sur les intérêts de la créance garantie.

PROCÉDURE CIVILE.

I. — L'exequatur nécessaire pour rendre exécutoire en France un jugement étranger doit être donné sans examen du fond du litige.

II. — L'exercice de la réintégrande n'exige pas la preuve d'une possession annale.

DROIT PÉNAL.

I. — La durée de la prescription de l'action civile est toujours la même que pour l'action publique.

II. — La chose jugée définitivement par une juridiction criminelle ne peut être remise en question devant une autre juridiction.

HISTOIRE DU DROIT.

I. — La transmission *in mallo* n'était pas, en droit germanique, indispensable pour l'acquisition de la propriété.

II. — La confusion établie entre la possession et la saisine, puis entre la saisine de droit et la vraie saisine, est l'origine de la confusion faite par les anciens jurisconsultes entre la tradition réelle du droit romain et la tradition symbolique du droit germanique.

Vu par le Président de l'acte public,
LE COURTOIS.

Vu par le Doyen,
LÉOPOLD THÉZARD.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
A. CHAIGNET.

Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (Statuts du 9 avril 1825, art. 41), mais non des opinions purement juridiques dont la responsabilité est laissée aux candidats.

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur toutes les matières de l'enseignement.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. 5

Ire PARTIE. — Droit romain. . . . 13

CHAPITRE I. — DROIT DES DOUZE TABLES. 17
CHAPITRE II. — DROIT CLASSIQUE. 20
Sect. 1re. — *Fonds italiques.* 22
Sect. 2e. — *Fonds provinciaux.* 44
CHAPITRE III. — DROIT DE JUSTINIEN. 48
Sect. 1re. — *De la tradition en général.* 50
I. — Du corpus. 51
*II. — De l'*animus *et de la* justa causa. 57
Sect. 2e. — *De la tradition dans les contrats à titre onéreux.* 64
CHAPITRE IV. — TRANSMISSION DE LA PROPRIÉTÉ A L'ÉGARD DES TIERS. 69

2e PARTIE. — Ancien droit français. . 73

CHAPITRE I. — PÉRIODE GALLO-FRANQUE. 75
CHAPITRE II. — PÉRIODE FÉODALE. 89
CHAPITRE III. — PÉRIODE COUTUMIÈRE. 103
I. — Pays de nantissement. 104
II. — Coutumes de Bretagne et de Normandie. . 109
III. — Droit commun. 111
CHAPITRE IV. — DROIT INTERMÉDIAIRE. 129

3e PARTIE. — Droit français actuel. 135

TITRE PREMIER. — Transmission de propriété d'après le code civil.

Chapitre I. — Transmission de la propriété entre les parties. 136
Sect. 1re. — *Travaux préparatoires du code.* 136
Sect. 2e. — *Système du code.* 140
Chapitre II. — Transmission a l'égard des tiers. . . . 148

TITRE DEUXIÈME. — La transmission de la propriété d'après la loi du 23 mars 1855.

Chapitre I. — Dans quel cas est exigée la transcription. 155
Sect. 1re. — *Conditions pour qu'il y ait lieu à transcription.* 156
Sect. 2e. — *Actes soumis à la transcription.* 160
Chapitre II. — Formes et effets de la transcription. . 183
Sect. 1re. — *Formes de la transcription.* 183
Sect. 2e. — *Effets de la transcription.* 187

POITIERS. — TYPOGRAPHIE OUDIN.